Vertragsurkunde und mündliche Abreden [„Nebenabreden“]

INAUGURAL-DISSERTATION

der

JURISTISCHEN FAKULTÄT

der

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

vorgelegt von

Theo Fischer

Referendar in Nürnberg

Approbiert am 15. Juni 1931

Kulmbach

Buchdruckerei G. Schuhmann.

1931

22/18

Referent: Herr Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

1. Kapitel. Einleitung.
Entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick 1

2. Kapitel. Geltendes Recht. Allgemeines. . . 14

3. Kapitel. Formfreiheit 17

I. Materiellrechtliches. 17
II. Die Beweisbedeutung der Vertragsurkunde 20
III. Bestätigungsschreiben. 25

4. Kapitel. Der gesetzliche Formzwang . . 27

I. Der normale Formzwang. 27
1.) Die einzelnen formbedürftigen Verträge.
2.) Die gesetzlichen Formen.
3.) Sinn des Formzwanges.
4.) Folge der Nichtbeachtung, Nichtigkeit, Begriff.
5.) Begriffliche Auffassung des gesetzlichen Formzwangs.
6.) Erstreckung.
7.) Ausnahmen von der Erstreckung auf alle Abreden.
8.) Abreden als selbständiger Vertrag.
9.) Auswirkung der Nichtigkeit von Abreden, § 139.
9a.) Verzicht auf Rechtswirkung.
10.) Wesentliche Vertragsbestandteile.
11.) Das Wie des Formzwanges (Auslegung).
12.) Aufrechterhaltung von Abreden durch Berufung auf Treu und Glauben.
13.) Heilung von Abreden.
14.) Unrichtige Beurkundung.
15.) Abänderungsvereinbarungen.

II. Der besondere Formzwang des mehrjährigen Mietvertrags 47
1.) Sein besonderer Entstehungsgrund.
2.) Erstreckung nur auf entscheidende Punkte.
3. Die reichsgerichtliche Rechtspreehung und ihre Kritik.
4.) Folge der Verletzung dieses Formzwangs:

5. Vereinbarte Form. 51

I. Kapitel.

Einleitung

Entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick.

Das Problem der rechtlichen Bedeutung von vertraglichen Abreden, die in eine aus Anlaß des Vertragsschlusses angefertigte Urkunde nicht aufgenommen sind, ist nicht neu. Rechtslehre und Gesetzgebung der letzten Jahrhunderte haben sich wiederholt mit ihm beschäftigt. Bevor wir uns dem Problem selbst, das erst in einer verhältnismäßig vorgeschrittenen Kultur- und Rechtsentwicklung auftaucht, zuwenden, erscheint es angezeigt, in Kürze den Begriff der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung — die Bindung des Menschen an seine abgegebene Willenserklärung — zu betrachten.

Dem Halten der abgegebenen Verpflichtungserklärung kommt im Leben des menschlichen Gesellschaftskörpers größte Bedeutung zu. Die Tatsache, daß der Einzelne hält, was er verspricht, ermöglicht die Zusammenfassung der Kräfte einer Mehrzahl von Individuen zu einheitlicher Verwendung, sei es wirtschaftlicher, kriegerischer oder sonstiger Art. Die daraus folgende Verläßlichkeit des Einzelnen gestattet es, größere Unternehmungen im Voraus zu entwerfen und planmäßig durchzuführen.

Nicht bei allen Mitgliedern der menschlichen Gemeinschaften ist es selbstverständliche Sitte, das gegebene Versprechen strikte einzuhalten, sondern jeweils immer nur in einem Teile der Volksgenossen, der sich allerdings nicht sichtbar ausscheiden läßt. Die Ueberzeugung, daß dieses Halten des Wortes dem Interesse der Gesamtheit dienlich und daher notwendig ist, führt jedoch in allen

menschlichen Gemeinschaften zu den verschiedensten Versuchen, dieses Einhalten bei allen Volksgenossen durchzusetzen. Man verabscheut den Bruch des Versprechens, verachtet und entehrt den Wortbrüchigen. Man umkleidet das Versprechen ferner mit religiösem Charakter. Das Einhalten des Versprechens wird so zur sittlichen und religiösen Norm. All das dient dem Zweck, denjenigen Volksgenossen, denen verstandesmäßig die Notwendigkeit der Versprechenseinhaltung und die Gemeinschädlichkeit des Wortbruchs nicht beizubringen ist, diese Ueberzeugung auf dem Wege der Suggestion zu vermitteln. Es ist das dieselbe Suggestion, die der Gläubiger auch heute noch gegenüber seinem moralisch zweifelhaften Schuldner anwendet, wenn er an dessen Ehrenhaftigkeit und Anständigkeit, an die er selbst nicht glaubt, appelliert. Man kann einen Menschen am ehesten zu einer Handlung bewegen, wenn man ihn als Angehörigen einer gehobenen Volksklasse, zu der er gar nicht gehört, in welcher aber die von ihm gewünschte Handlung moralisch gefordert wird, behandelt. Wer als Angehöriger einer von ihm insgeheim bewunderten und vielleicht uneingestanden erstrebten Klasse oder auch nur als Angehöriger der großen Menschheitsgemeinschaft der anständigen Leute behandelt wird, in dem entstehen dadurch freundliche Empfindungen und eine Bereitwilligkeit, sich nach den Normen der höheren Klasse oder der anständigen Leute überhaupt zu verhalten, die auf dem Wege vernünftiger Darlegung vielfach nicht erreicht werden könnte. So bewirkt die moralische und religiöse Umkleidung, die die Einhaltung des Versprechens in den oberen Volksklassen erfährt, deren Durchsetzung in den übrigen Volksschichten.

Ueber die Art, wie die Bindung ans Versprechen in der Menschheit aufkam, können wir nur Mutmaßungen aufstellen. Ihre Entstehung reicht jedenfalls in eine Zeit zurück, die zwar schon ein Zusammenleben größerer Menschengruppen, darüber hinaus aber wohl nur geringen Ansätze eines primitiven kultureilen Lebens kannte. Wir werden aus dieser Zeit daher niemals genaueres erfahren. Geschichtliche Ueberlieferung, Sage und Mythus gewähren uns erst in spätere Entwicklungszustände Einblicke, in denen zwar die Anfänge sicherlich fortwirkten, in denen sie sich aber ebenso sicher bereits mit üppigen sekundären Entwicklungen vermischt finden, aus denen auf die ur-

sprünglichen Anfänge nicht geschlossen werden darf. Wir sind daher bei unseren Mutmaßungen darauf angewiesen, uns gefühlsmäßig für die Wahrscheinlichkeit der einen oder anderen Entwicklungsmöglichkeit zu entscheiden. Dabei gewähren uns allerdings die im heutigen Sozialleben wirkenden psychologischen Lebensgesetze eine wertvolle Stütze.

Sprachliche Vorstufe der verpflichtenden Erklärung ist jedenfalls diejenige Erklärung, die eine künftige Handlung des Sprechenden lediglich ankündigt, — z.B. man sagt: Ich werde dir einen Gegenstand geben —. Zur verpflichtenden Erklärung wird die Ankündigung eines Handelns dann, wenn der Ankündigende erklärt, sich der an sich bestehenden Freiheit, von der angekündigten Handlung abzuweichen, begeben zu wollen. Es muß also zu der Handlungsankündigung etwas hinzu kommen, das den Sinn hat, diese freiwillig erklärte Beschränkung der Handlungsfreiheit zum Ausdruck zu bringen. Wird diese zusätzliche Erklärung von den Zeitgenossen dahin aufgefaßt, daß sich der Erklärende an sie zu halten hat, dann haben wir die Bindung an die Verpflichtung als gesellschaftliche Norm.

Hinsichtlich der zusätzlichen Erklärung, welche die Verpflichtung begründet, bieten sich nun zwei Wege, in welchen sich die vorgeschichtliche Entwicklung abgespielt haben kann. Entweder es war so, daß der verpflichtende Sinn der Handlungsankündigung nicht lediglich durch Worte, sondern in äußerlich sichtbarer Weise durch Gesten ausgedrückt wurde. In diesem Falle wäre die verpflichtende Erklärung von Anfang formell gewesen, die Form wäre zunächst das Ausdrucksmittel für die verpflichtende Wirkung der Erklärung gewesen. Man könnte hierfür anführen, daß auf der frühen Entwicklungsstufe der Menschheit, in welcher wir die Entstehung der Verpflichtungserklärung anzunehmen haben, die menschliche Sprache schwerlich genügend Ausdrucksfähigkeit besessen hat, um bei einer Verpflichtungserklärung neben der Handlungsankündigung den verpflichtenden Sinn durch Worte auszudrücken, daß man vielmehr hier zunächst auf Gesten angewiesen war.

Die andere Möglichkeit ist, anzunehmen, daß der verpflichtende Sinn der Erklärung zunächst ebenfalls nur in Worten zum Ausdruck kam, und die später aufgekommenen Gesten dann die Bedeutung hatten, die verpflich-

lende Wirkung den schwerfälligeren Zeitgenossen gegenüber zu verdeutlichen, vor allem, um sich bei der Geltendmachung des Versprechens auf ihr Zeugnis berufen zu können. Diese letztere Möglichkeit möchte ich für die wahrscheinlichere halten, da bei dem einfachsten Fall der Versprechensabgabe überhaupt kein Bedürfnis nach einer besonderen Form besteht, ja nicht einmal ein Bedürfnis, bei der Handlungsankündigung den verpflichtenden Sinn eigens zum Ausdruck gelangen zu lassen. Dieser Fall liegt vor, wenn Versprechensgeber und -nehmer in einem Vertrauensverhältnis stehen, wie es beispielsweise durch Freundschaft geschaffen wird. In solchen Vertrauensverhältnissen wird aber das Halten des Versprechens zuerst aufgekommen sein. Hier wird die Ankündigung einer Handlung ganz von selbst zum Versprechen, wenn der Erklärende merkt, daß der andere sich auf diese Erklärung verläßt. Er hat an dem Wohl des Anderen Interesse und hält sich an seine Ankündigung, damit dieser keinen Schaden erleide; er fühlt sich verpflichtet, weil der andere auf die Handlungsankündigung vertraut. Soll nun aber innerhalb eines solchen Vertrauensverhältnisses eine Erklärung von vornherein mit verpflichtendem Sinn abgegeben werden, so bedarf es dazu keiner besonderen sprachlichen Ausdrucksmittel. Schon das ernsthaft gesprochene „Ich werde tun" bedeutet hier, wo man weiß, daß der andere sich darauf verlassen wird, ein „Ich verpflichte mich zu tun". So ist es möglich und wahrscheinlich, daß die bindende Handlungskundgebung innerhalb der engen Beziehungen von Einzelpersönlichkeit zu Einzelpersönlichkeit zuerst ohne Formen aufgekommen und geübt worden ist.

Von hier aus wird sie dann in weiteren Personenkreisen von geringer Anzahl in Uebung gekommen sein. Man wird sich hier daran gewöhnt haben, Handlungsankündigungen, die in verpflichtender Weise gesprochen wurden, als bindend zu betrachten und von den Gesellschaftsgliedern die Einhaltung solcher Versprechen zu verlangen. Hier werden dann auch die besonderen Worte zur Kennzeichnung einer verpflichtenden Handlungsankündigung aufgekommen sein, deren man vorher nicht bedurft hatte. Bei solchen Gesellschaften ist insbesondere an zufällig zusammengewürfelte Kriegs- und Raubgesellschaften zu denken, bei denen der verläßlichen Einhaltung von Verpflichtungserklärungen besondere Bedeutung zukommt. Kannte man überhaupt einmal den Begriff der

verpflichtenden Erklärung, so war es zu der Ausstattung dieser Erklärung mit besonderen Formen nicht mehr weit. Es lag nahe, denjenigen, der sich verpflichtete, durch körperliche Berührung — Handschlag u. a. — an die Verpflichtung zu mahnen, indem man zu dem verklingenden Wort einen körperlichen Eindruck hinzufügte.

Jedoch nicht alle rechtsgeschäftlichen Formen, die wir in der Geschichte finden, lassen sich auf diese einfache Weise erklären. Bei einer Reihe von ihnen wird man annehmen dürfen, daß sie zunächst mit den Verpflichtungserklärungen gar nichts zu tun hatten, sondern erst nachträglich zu diesen in Beziehung gesetzt wurden. Kleine gesellschaftliche Gruppen unterscheiden sich ja gerne durch besondere Sitten und Gebräuche von der übrigen Volksmenge. Solche bilden sich leicht, wo eine gesellschaftliche Gruppe ein Sonderdasein beginnt, namentlich auf den niederen Stufen der kulturellen Entwicklung.[1]) Es ist wahrscheinlich, daß diejenigen Gruppen, welche zuerst die bindende Handlungsankündigung bei sich einführten, sich auch durch solche Besonderheiten ausgezeichnet haben. Drang nun die neue Sitte des Versprechens aus diesen kleinen Gruppen nach und nach in weitere Volkskreise, so empfand man das Bedürfnis, irgendwie die Einhaltung dieses Versprechens sicherzustellen. Es fehlten hier die nahen persönlichen Beziehungen, welche bisher diese Einhaltung gewährleistet hatten; man bemühte sich daher, dem Versprechensgeber seine Verpflichtung eindringlich vor Augen zu führen. Nichts lag da näher, als zur Erhöhung der Eindringlichkeit von dem Versprechenden die Vornahme irgendwelcher ritueller Handlungen zu verlangen, die in der Gesellschaft gepflegt wurden, welche zuerst die Bindung an das Versprechen einführte. Der Versprechende wurde also wie ein Mitglied einer solchen abgeschlossenen Gesellschaftsgruppe behandelt. Deren Brauchhandlungen vornehmen zu dürfen, war für ihn eine Ehre, deren er sich nun seinerseits durch Einhaltung seines Versprechens würdig erweisen sollte. Auf diese Weise dürfte wohl die Herkunft einer Reihe von Versprechensformen zu erklären sein.

Freilich wurden diese Formen im Laufe der weiteren Entwicklung unabhängig von ihrem Entstehungsgrund

---

1) H. Schurtz, Altersklassen u. Männerbünde. S. 350.

zweckentsprechend gestaltet. Sie veranschaulichten nun das Versprechen durch symbolische Handlungen und dienten so dazu, es eindrucksvoll zu machen.

Die Versprechensbräuche nehmen unter Umständen später, wenn ihr Ursprung längst vergessen ist, auch den Charakter von religiösen Handlungen an. Die Vorstellung, daß übersinnliche Mächte die Einhaltung des Versprechens überwachen und den Wortbrüchigen bestrafen, trägt dann das ihrige dazu bei, die Norm der Bindung an das Versprechen in den weiteren Volkskreisen durchzusetzen. Diese magisch-mystische oder religiöse Ausgestaltung dürfte aber erst einer späteren Entwicklung angehören.

Zur Rechtsnorm kann die Norm der Bindung an das Versprechen erst werden, wenn sie sich allgemein im Volke durchgesetzt hat. Natürlich erlangt sie die rechtliche Anerkennung in der Gestalt, in der sie zur weiteren Verbreitung gelangt ist, also in Begleitung symbolischer oder religiöser Formen. So erklärt es sich, wenn die älteren Rechte für das Versprechen stets die Wahrung einer besonderen Form verlangen.

Wenn die Gerichte Formen für die Rechtsgültigkeit der Versprechens verlangen, und dieses Formverlangen auch späterhin aufrecht erhalten, so sind dafür aber auch Besonderheiten des Gerichtswesens mitbestimmend. Das Gericht will sich Gewißheit verschaffen, ob überhaupt eine ernsthafte Verpflichtungserklärung seiner Beurteilung unterliegt. Die Erlangung solcher Gewißheit ist schwierig, da die Parteien ihre verpflichtenden Erklärungen von ihren sonstigen Handlungsankündigungen nicht immer sorgfältig scheiden. Die Wahrung von Formen bei der Versprechenserklärung erleichtert dem Richter die Auffindung der verpflichtend abgegebenen Erklärungen. Hier braucht er nicht zu befürchten, daß der Versprechende nur eine unverbindliche Erklärung habe abgeben wollen, da ihm die Form die Ernstlichkeit zu Bewußtsein bringen mußte.

Die formelle Abgabe des Versprechens allein genügt aber dem älteren Recht auch noch nicht, um es als Verpflichtungsgrund anzuerkennen. Es fordert außerdem Entgeltlichkeit des Versprechens. Es muß eine Gegenleistung versprochen werden oder bereits gegeben sein. Einseitige Verpflichtung zur Leistung ist offenbar dem ursprüngli-

chen Recht wie auch heute noch dem Empfinden der einfacheren Leute unverständlich.[2])

Das Versprechen der Gegenleistung enthält aber stillschweigend noch etwas weiteres. Mit ihr bringt der Versprechensempfänger zum Ausdruck, daß er den Versprechenden an seinem Versprechen festhalten wolle. Er erklärt damit, er betrachte das Versprechen als bindend. Diesen Bestandteil des Gegenleistungsversprechens hat die spätere Rechtsentwicklung beibehalten, als sie das Erfordernis der Entgeltlichkeit der Schuldverträge fallen ließ. So verlangt das Recht auch heute noch die Annahme des Versprechens, also einen „Vertrag". Dieses Erfordernis bildet einen wichtigen Schutz gegen das Mitschleppen von nur scheinbaren Verpflichtungen. Die Annahme soll dem Versprechenden zeigen, daß er nun gebunden ist, Ist er darüber anderer Ansicht, so hat er nun die letzte Gelegenheit, sich zu rühren und sofort darauf hinzuweisen, daß er nach seiner Auffassung keine verpflichtende Erklärung abgeben wollte.

Formen des Versprechens weist das alte deutsche Recht auf das wir uns hier beschränken, in mannigfaltigster Gestalt auf. Als solche finden wir (nach Schröder — v. Künßberg) das Versprechen mit Hand und Mund, indem die erforderliche symbolische Handbewegung durch den sie begleitenden Ausspruch formelhafter Worte den beabsichtigten Rechtsinhalt empfing. Als solche Handgebärden reichen insbesondere bis in das hohe Altertum zurück: die erhobene flache Hand, die entweder nach außen oder gegen den Sprechenden gerichtete hohle Hand mit aufgerichtetem Zeigefinger, der Handschlag (bloßes Zusammenschlagen der Hände), die besonders bei Kommendation in den Schutz eines anderen gebräuchliche Handreichung (Umschließen der gefalteten Hände des Schützlings durch die Hände des Schutzherrn). Neben der in erster Reihe zu solchen „Handlungen" berufenen rechten Hand hatte die linke nicht selten noch ihre besondere Aufgabe, z.B. Berühren des Bartes, Ergreifen des Rockschoßes und dergl. mehr. Auch der die Willenserklärung Empfangende hatte diese in der Regel mit entsprechenden Handgebärden zu begleiten, oder die Gegenseitigkeit wurde durch die Ueberreichung oder das Zuwerfen eines als Rechtssymbol dienenden Gegenstands zum Aus-

[2]) Schr. = v. K. . S. 798.

druck gebracht. Das bedeutsamste unter diesen Wahrzeichen war der Stab, der bei den verschiedensten Rechtsgeschäften eine Rolle spielte. Späterhin, im Mittelalter wurde der Stab bei manchen Rechtsgeschäften auch durch einen Halm ersetzt, so daß Stabreichen und Halmwurf (festucatio, stipulatio, werpitio) als gleichwertige Formalakte erschienen."[3])

Wir sehen, diese Formen sind, der damaligen entwikkelten Kultur entsprechend, bereits vielfach von ihrem Zweck, der Sicherung der Versprechenseinhaltung, umgewandelt. Sie dienen bereits der Veranschaulichung des Versprechens, machen es sinnfällig. Doch auch andere Einflüsse lassen sich unschwer erkennen. So sind das Berühren des Bartes oder des Rockschoßes als Versprechenssymbol schwer vorstellbar, dagegen sehr wohl als Bestandteile des Sittencomments einer abgeschlossenen Gesellschaftsgruppe. Die Verwendung des Stabes dagegen dürfte wohl auf den Feuerkultus zurückzuführen sein, der sich an die Erfindung des Feuerzündens anschloß und bei welchem der Stab als Feuerbohrer eine hervorragende Rolle spielte.[4]) Als besondere Form erscheint die Annahme der vertraglichen Gegenleistung durch den Schuldner. Sie vermag die sonstigen Formen zu ersetzen. Dies beruht jedenfalls auf dem Gedanken: Wer den Vertrag zu seinem Vorteil gelten lassen will, muß ihn auch zu seinen Ungunsten gelten lassen. Der Vertrag erlangt also hier Rechtswirksamkeit, wenn ihn der Schuldner durch seine eigene Handlung, die Annahme me der Gegenleistung, anerkennt.. Die Annahme wird später zur symbolischen Handlung abgeschwächt. Statt einer vollen Vertragsleistung wird nur ein Teil, ein Handgeld, gegeben und vom Schuldner angenommen.[5])

Bei einer Reihe von Formen ist nicht klar zu erkennen, ob es sich um Versprechensformalien oder um Formen der Haftungsbestellung handelt. Schuld bedeutet ja ursprünglich nur ein Leistensollen des Schuldners, nicht aber ein Greifendürfen des Gläubigers auf Person oder Vermögen des Schuldners. Solche Haftung besteht nur, wenn der Schuldner einen Gegenstand seines Vermögens durch besonderes Haftungsgeschäft dem Gläubigerzugriff unterwirft. Wie durch Stellung eines Bürgen kann man

---

[3]) Schr. = v. K. S. 798. ff.
[4]) Caspari. Urgesch. d. Menschheit. Bd. 2 S. 44 ff.
[5]) Schr.-v. K. S. 799.

auch an seiner eigenen Person eine Personalhaftung begründen, indem man ein Schuldgelöbnis abgibt. Versprechensformen und Formen der Haftungsgeschäfte durchkreuzen sich vielfach und sind nicht stets klar auseinanderzukennen.

Die rechtliche Anerkennung der Verpflichtung aus gesprochenem Wort muß bald zu vielen Schwierigkeiten geführt haben. Offenbar häuften sich leichtsinnige oder in Trunkenheit abgegebene Versprechen wie auch die Fälle, in denen geschäftliche Unüberlegtheit von gerissenen Geschäftsmachern ausgenutzt wurde. Daher finden wir schon sehr früh soziale Bestrebungen, die auf eine Einschränkung der Verpflichtung aus gesprochenem Wort abzielen.[6] Zu diesem Zwecke verschärfte man die bestehenden einfachen Vertragsformen; aus dieser Tendenz ist ferner das sog. Reuerecht zu erklären. Verschiedene Rechte[6] räumen nämlich beim Kauf, dem häufigsten Rechtsgeschäft, ein gesetzliches Rücktrittsrecht ein. Herbeiführung endgültiger Bindung und Beseitigung dieses Rücktrittsrechtes ist erst durch neuerlichen Formalakt möglich oder sie wird durch Ablauf einer gewissen Zeit bewirkt. Als Formalakte kommen hier vor wiederum das Geben und Nehmen von Handgeld, vor allem aber das gemeinsame Vertrinken des Lit- oder Weinkaufs durch Parteien und Zeugen.[6] Allerdings haben auch diese beiden Formalakte nicht durchwegs die Ausschließung des Rücktritts zur Folge. Handgeld und Weinkauf bestimmen gelegentlich die Höhe des Reugeldes, also des Betrages, um den der Rücktritt erkauft werden kann, lassen also den Rücktritt zu. Diese Bedeutung dürfte aber nur das Ergebnis einer vereinzelten Entwicklung sein.

Seit Ende des 13. Jahrhunderts kommt der Gedanke auf, den Schuldvertrag[6a] von den Formen zu befreien und ihn formlos rechtlich anzuerkennen. Kanonistische Doktrinen waren wohl die Ursache.[7] Die Kirche hatte von jeher die Ansicht vertreten, daß die Formen nur des Beweises wegen da seien und rechtsbegründend der form-

---

[6] Siegel Heinrich, S. 28..

[6a] Wir beschränken uns im folgenden darauf, die Entwicklung der Schuldverträge zu verfolgen, da ein Eingehen auf die weitere Entwicklung der dinglichen Verträge zu weit abführen würde. Zudem sind die Besonderheiten der dinglichen Verträge für die Frage der nur-mündlichen Abreden ohne Belang.

[7] Schr. - v. K. S. 800.

lose Konsens wirke. Durchgesetzt hat sich die Anerkennung des formlosen obligatorischen Vertrags jedoch erst mit der Rezeption des römischen Rechts. Das fremde Recht verdrängte die deutschen Formen. Aber auch die römisch-rechtlichen Vertragsformen konnten sich im deutschen rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht ohne weiteres einbürgern, da sie diesem zunächst fremd waren. Daher war die Zeit der Rezeption dazu geeignet, dem Gedanken von der Formfreiheit der obligatorischen Verträge zum Durchbruch zu verhelfen.

So sind seit der Rezeption die alten deutschen Vertragsformen im Rechte fast völlig verschwunden. Jedoch die Folgezeit führte den Grundsatz der Formfreiheit der Verträge nicht strikte durch. Er war zwar gemeines deutsches Recht, aber die Landesgesetzgebungen bemühten sich, ihn für Rechtsgeschäfte von größerer Bedeutung auszuschließen. Sie schrieben nun ihrerseits Formen vor, So verlangte das preußische ALR. schriftliche Errichtung für jeden Schuldvertrag, dessen Wert 50 Taler überstieg.[8])

Der französische Code civil verlangt für Verträge über mehr als 150.—frcs. ebenfalls Schriftform; allerdings macht er nur die Beweisbarkeit eines solchen Vertrags von der Wahrung der Form abhängig. Cc art. 1341. Gelegentlich knüpfte man auch nur die Klagbarkeit der Verträge an die Wahrung der Form. Für Rechtsgeschäfte über Liegenschaften wurde auch gern schriftlicher oder gerichtlicher Abschluß vorgeschrieben.

Die neueren Gesetze, — das sächsische BGB. und das HGB. haben sich für den Grundsatz der Formfreiheit der Schuldverträge entschieden, ohne ihm nach oben hin eine Wertgrenze zu setzen. Bestimmend hierfür war der gesteigerte Güterverkehr der modernen Wirtschaft, welche die Formbedürftigkeit der Verkehrsgeschäfte als lästig empfand.

Die Entwicklung der rechtsgeschäftlichen Urkunden.

Die Formen, welche die neueren Rechte für Verträge vorschreiben, sind alle urkundliche Formen. Es wird stets dabei die Anfertigung einer Urkunde verlangt. Das gibt uns Veranlassung, die geschichtliche Entwicklung der Urkunde im Rechtsverkehr kurz zu verfolgen.

---

[8]) Pr. ALR. I 5, § 131, 155, 128.

Die Germanen lernen die Verwendung der Urkunde im rechtsgeschäftlichen Verkehr von den Römern. Sie gliedern die Urkunde in das bestehende rechtsgeschäftliche System in der Weise ein, daß sie als Symbol der Gegenleistung Verwendung findet. Anstelle eines Handgeldes wird die Urkunde dem Schuldner übergeben und von diesem angenommen. Das Geben und Nehmen ist also für die Verwendung der Urkunde wesentlich und wird auch in ihr durch besondere Formeln — data, datum, post traditam — bescheinigt. Die Verwendung der Urkunde hat aber auch eine neue rechtsgeschäftliche Form im Gefolge. Ihre Verwendung kann so erfolgen, daß sie von den Parteien und Zeugen bestätigt wird, entweder durch Unterschrift oder durch Auflegen der Hand. „Handfestung, manufirmatio". Diese Formalität läßt sich wohl auf irgendwelche Gebärden beim Vertragsschluß zurückführen.

Schon im ältesten Stadium des Urkundenwesens unterscheidet man bei den im privaten Rechtsverkehr üblichen Urkunden Geschäftsurkunden und schlichte Beweisurkunden. Die Beweisurkunde enthält keine selbständige rechtsgeschäftliche Erklärung, die in ihr enthaltene Erklärung bezeugt nur, was mündlich vereinbart wurde. Anders die Geschäftsurkunde (carta, epistola, testamentum; cessio, venditio usw.). Sie ist sowohl Beweis- wie Perfektionsurkunde, sie enthält eine selbständige rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Sie ist also aus-sich-verpflichtende Urkunde, Dispositivurkunde. Von der aus-sich-verpflichtenden Urkunde nimmt später die Entwicklung der Wertpapiere ihren Ausgang.[9])

Irgend einen selbständigen Wert vor Gericht haben die Urkunden — die nur beweisenden wie die aus-sich-verpflichtenden, — zunächst nicht. Es bedarf der Vertragszeugen, die den Inhalt der Urkunde als tatsächlich vereinbart zu bestätigen haben oder bekunden müssen, daß die urkundliche Erklärung tatsächlich eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist. Diese Zeugen werden auch in den Urkunden jeweils besonders aufgeführt.

Allerdings gibt es auch schon im fränkischen Reiche öffentliche Urkunden mit selbständiger Beweiskraft, die Königsurkunden. Diese bedürfen keines Zeugen, sie sind auch, soweit sie echt sind, unanfechtbar. Solche Urkun-

---

[9]) Hübner, S. 554.

den kommen aber für den rechtsgeschäftlichen Verkehr kaum in Frage, da sie nur vom König ausgestellt werden dürfen. Es gibt keinen Stand öffentlicher Urkundspersonen[10]), mit Ausnahme der königlichen referendarii und notarii, die aber nur für Königsurkunden und nicht für den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verkehr in Betracht kommen.

Die Unanfechtbarkeit der Königsurkunden blieb das ganze Mittelalter hindurch bestehen. Diese Urkunden verändern sich aber insofern, als im Laufe der Zeit die Bedeutung der königlichen Unterschrift oder des Handzeichens zurücktritt, dafür aber um so größerer Wert auf das beigedrückte Siegel gelegt wird. Dieser Gebrauch des Siegels bürgert sich auch bei den Privaturkunden ein. Die Besiegelung der Urkunden bildet sich zu einem Beglaubigungszeichen für die Echtheit aus, zuerst bei den Königsurkunden, dann aber auch bei den Privaturkunden.

Da bei den Königsurkunden weiter nichts als die Echtheit zu prüfen war, lag es nahe, sich hierbei auf Prüfung der Echtheit des Siegels zu beschränken. Diese Uebung hat man später auf die Behandlung der Privaturkunden übertragen. Man verzichtete auf Anhörung der Vertragszeugen, und folgerte aus der Echtheit der Urkunde ohne weiteres, daß die in ihr niedergelegten Erklärungen tatsächlich abgegeben worden seien. Das Siegel veranlaßt den Richter, die Urkunde als selbständiges Beweismittel zuzulassen. Die in der Urkunde nach wie vor benannten Zeugen werden nicht mehr im Prozesse vernommen, den Beweis liefern Brief und Siegel allein. Als das Spiegelwesen später verschwindet, überträgt man die Bedeutung des Siegels auf die bloße Unterschrift. Die Feststellung ihrer Echtheit genügt nun, um Beweis für die Echtheit des Inhalts zu liefern.

Sobald die Urkunde vor Gericht selbständigen Beweiswert hat, erhebt sich zum erstenmal die Frage, wie ihre Stellung gegenüber den tatsächlichen mündlichen Beredungen abzugrenzen sei, sofern diese von der Urkunde abweichen: das Problem der mündlichen Abreden neben der Vertragsurkunde.

Während die Urkunden im deutschen Recht vor der Rezeption lediglich Gleichwertigkeit mit den sonstigen rechtsgeschäftlichen Formen erreichen konnten, ist ihre

[10]) Schr.-v. K. S. 280—90.

Stellung nach der Rezeption eine ganz andere. Sie sind für die Landesgesetzgebung nun in erster Linie die Form, deren man sich bedient, wo man Formzwang schaffen will. Man verlangt Abschluß der Rechtsgeschäfte in urkundlichen Formen, privatschriftlich oder durch Beurkundung vor öffentlichen Urkundspersonen — Notar, Gericht, vor sonstigen Behörden oder mit Zeugen. An das Fehlen der Form knüpft man irgendwelche rechtlichen Nachteile, in dem man Beweisbarkeit, Klagbarkeit oder überhaupt die rechtliche Anerkennung der Verträge von der Wahrung der Form abhängig macht.

Mit dieser gehobenen Stellung der Urkunden wächst auch die Bedeutung des Abredenproblems.

II. Kapitel.

Geltendes Recht.

Allgemeines.

In Anlehnung an die neueren Gesetze — HGB., sächs. BGB. — hat sich das BGB. unter dem Einflusse des gesteigerten Verkehrslebens grundsätzlich für Formfreiheit ohne Festsetzung einer Werthöchstgrenze entschieden. Regelmäßig bedürfen unter ihm die Schuldverträge[10a]) keiner Umkleidung mit besonderer Form. Das Gesetz spricht dies zwar nicht besonders aus, es ergibt sich aber aus der Fassung einer Reihe von Bestimmungen, so den §§ 125, 305 u.a. sowie aus den Motiven zum BGB. (Bd. 1, Seite 179 ff.). Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es allerdings eine ganze Reihe. Wo Formzwang besteht, ist stets, mit einer einzigen Ausnahme, (§ 566 BGB.), die rechtliche Anerkennung des Rechtsgeschäfts an die Wahrung der Form gebunden.

Trotz der grundsätzlich geltenden Formfreiheit werden die meisten Verträge von größerer Bedeutung formell abgeschlossen. Die Wahrung der Form ist in diesen Fällen meist rein tatsächlich und in der Zweckmäßigkeit, der Sicherung des Gedächtnisses und des Beweises begründet. Es ist auch möglich, daß die Parteien der Form durch Vereinbarung eine besondere Bedeutung zugemessen haben. (§ 127 BGB.).

Die Formen des Rechtsverkehrs sind heute von der stillschweigenden und der mündlichen Form abgesehen, überwiegend urkundliche Formen. Man legt den Vertragsinhalt entweder selbst schriftlich nieder (in Privat-

---

[10a]) Von einem besonderen Eingehen auf die dinglichen Verträge wird aucch im Folgenden abgesehen; ihre Formen stehen zum Abredenproblem ohne Beziehung und würden die Darstellung nur unnötig komplizieren. Selbstverständlich gelten die hier gefundenen Regeln auch für die dinglichen Verträge.

urkunden) oder läßt ihn durch eine öffentliche Urkundsperson oder Behörden aufnehmen (in öffentlichen Urkunden).

Diese Formen sind es auch, die beim Formzwang das Gesetz vorschreibt.

In allen Fällen, wo die Vertragsurkunde — ob sie nun gesetzlich vorgeschrieben ist oder nicht — nicht sämtliche Parteiberedungen enthält, wo also neben der Urkunde noch mündliche Vereinbarungen bestehen, erhebt sich die Frage nach der Bedeutung dieser nur mündlichen Abreden.

Hier sei gleich bemerkt, daß als Vertragsabrede nur eine solche Vereinbarung bezeichnet werden kann, die gleichzeitig mit den übrigen Abmachungen getroffen wurde. Absprachen, die vor oder nach Vertragsschluß getroffen wurden, sind keine Vertragsbestandteile. Das wird nicht überall klar auseinandergehalten. Vorherige Beredungen sind nur im Vertrag enthalten, wenn sie beim Abschlusse selbst mit aufgenommen wurden. Nachträgliche Beredungen können als Abänderungsvereinbarungen den Vertrag verändern. Sie müssen jedoch immer gesondert von dem eigentlichen Vertragsinhalt beim Abschlusse betrachtet werden.

Die außerhalb der Urkunde stehenden Abreden werden gern als „Nebenabreden" bezeichnet. Dieser für das heutige Recht schlecht passende Ausdruck erweckt leicht den Anschein, als müsse es sich bei den Abreden stets um nebensächliche Vertragsbestandteile handeln. Dem ist aber nicht so. Eine neben der Urkunde stehende und deshalb nurmündliche Abrede kann sowohl wesentliche wie unwesentliche Vertragspunkte betreffen, also Haupt- oder Nebenabrede sein. Die irreführende Bezeichnung Nebenabrede wird daher besser vermieden.

s. a. Gall S. 51; v. d. Trenk in JW. 1922, S. 186.

Die gesetzlich geforderte Schriftform bedarf der Unterschrift des Ausstellers der Urkunde. § 126 I. Wo ausnahmsweise, wie im Falle des § 566 BGB. der ganze Vertrag und nicht nur die Erklärung eines Vertragsteils der Schriftform bedarf, muß die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet sein. § 126 II BGB. Für den Formzwang sind also, soweit nicht öffentliche Ur-

kunden in Frage kommen, nur unterschriebene Schriftstücke Vertragsurkunden. Das hindert uns aber nicht, für das Gebiet der Formfreiheit den Begriff der Vertragsurkunde weiter zu fassen. Es kommen hier auch Schriftstücke in Betracht, die nur von einem Vertragspartner, auch solche, die überhaupt nicht unterschrieben sind. Für solche muß aber in Ermangelung der Unterschriften eine irgendwie anders geartete, ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der Urkunde als Vertragsurkunde vorliegen. Eine Urkunde bekommt den qualifizierten Charakter der Vertragsurkunde, auf Grund dessen sie der Beurteilung des Vertrags zugrunde gelegt werden darf, immer erst, wenn die Parteien sie durch eine —, sei es noch so leise — Anerkennung dazu machen. Diese Anerkennung liegt ohne weiteres in der Unterschrift, sie kann aber auch durch mündliche Erklärung oder schlüssige Handlung erfolgen, indem die Parteien zu erkennen geben, daß sie die Urkunde als Vertragsurkunde betrachten. Fehlt die Anerkennung überhaupt, so ist die Urkunde für den Vertrag wertlos. Ob eine solche Anerkennung vorliegt, ist freilich durchaus Sache der tatsächlichen Würdigung. Irgendwelche Regeln lassen sich dafür nicht aufstellen.

Wir betrachten nun zuerst die mündlichen Abreden im Bereiche der Formfreiheit, sodann innerhalb des gesetzlichen Formzwanges. Anschließend wenden wir uns den Fällen zu, wo die mündlichen Abreden neben einer Form stehen, die von den Parteien besonders vereinbart ist.

III. Kapitel.

Formfreiheit.

I. Materiellrechtliches.

Aus dem Grundsatz der Formfreiheit folgt, daß innerhalb seines Bereiches ein Vertrag im Rechtssinne aus der Gesamtheit der beim Abschlusse abgegebenen und angenommenen Verpflichtungserklärungen[11]) besteht, ohne Rücksicht auf die Form, in der die einzelnen dieser Erklärungen abgegeben wurden. Liegt über den Vertragsschluß eine Urkunde vor, so ist zu unterscheiden, ob die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen nur wiedergeben sollen, was mündlich vereinbart wurde, oder ob sie selbst rechtsgeschäftliche Erklärungen sind. Die Parteien können mit der Anfertigung der Urkunde den Sinn verbunden haben, daß sie nur zum Beweise des mündlichen Abschlusses dienen sollte; sie können aber auch selbständige Verpflichtungserklärungen in ihr abgegeben haben. Diese haben dann keinen Bezug auf mündliche Erklärungen. Sie sind selbst die rechtliche Verpflichtungsgrundlage. Es kommt also darauf an, ob die Urkunde schlichte Beweisurkunde oder aus-sich-verpflichtende Urkunde ist. Je nachdem besteht dann der

---

[11]) Das Wort Verpflichtungserklärung ist hier in einem weiteren Sinne gebraucht, der nicht nur schuldrechtliche, sondern auch dingliche Verträge umfaßt. Die Parteien allein können auch beim dinglichen Vertrag weiter nichts tun, als Verpflichtungserklärungen abgeben. Der Veräußerer der Sache erklärt: Ich verpflichte mich, die veräußerte Sache nunmehr als die deinige zu betrachten und sie dir nicht streitig zu machen. Der Erwerber nimmt diese Erklärungen an. Ob dieses Rechtsgeschäft nunmehr von den Zeitgenossen als gültiger Veräußerungsakt behandelt wird, haben die Parteien nicht zu bestimmen. Sie können lediglich die Voraussetzungen dafür schaffen, damit ihre Mitmenschen diesen Veräußerungsakt anerkennen. Erst die Anerkennung der Mitmenschen gibt dem Rechtsgeschäft die dingliche Wirkung, indem nun allgemein die Herrschaft über die Sache als auf den Erwerber übergegangen angesehen wird. Zwischen den Parteien besteht auch das dingliche Rechtsgeschäft lediglich aus der Abgabe von Verpflichtungserklärungen.

Vertrag nur aus den mündlichen Abreden oder aus der Gesamtheit der urkundlichen und mündlichen Erklärungen.

Anderes käme erst in Frage, wenn die Urkunde nicht nur rein tatsächlich vorläge, sondern die Parteien sie als Vertragsform vereinbart hätten. Letzteres kann nur angenommen werden, wenn die Parteien es ausdrücklich bestimmt haben oder eine solche Vereinbarung aus den Umständen erschlossen werden kann. Keineswegs besteht eine Vermutung dafür. Die Parteien machen sich bei der schriftlichen Fixierung gewöhnlich keine besonderen Gedanken.[12])

Ist die formelle Niederlegung des Vertrags vereinbart, so besteht immer noch die Möglichkeit, daß die Form nur als Beweismittel vereinbart wurde, aber nicht so, daß die Verbindlichkeit des Vertrags von der Formwahrung abhängen sollte. Hier ist jedoch im Zweifel das letztere anzunehmen. (§ 125 S. 2 BGB.). Verträge, deren Verbindlichkeit vereinbarungsgemäß von der Form abhängen soll, behandeln wir unten in einem besonderen Kapitel.

Bei exaktem Sprachgebrauch müßten Beweisurkunde und aus-sich-verpflichtende Urkunde schon nach ihrem Wortlaut auseinander zu kennen zu sein. Die beweisende Urkunde würde etwa lauten: „Wir, A und B, haben heute folgendes vereinbart . . . ." Die aus-sich-verpflichtende Urkunde würde dagegen etwa lauten: „Ich, A, verpflichte mich hiermit, an B folgende Leistungen zu erbringen; Ich, B, verpflichte mich dagegen, an A folgendes zu leisten . . . ." Solch präziser Gebrauch der Sprache ist aber im rechtsgeschäftlichem Verkehr höchst selten. Gewöhnlich verwenden die Parteien bei ihren Abschlüssen Formeln, die sie von früheren Gelegenheiten her kennen, ohne daß ihnen die besondere Art der gewählten Erklärungen zum Bewußtsein kommt. Selbst wenn die Parteien sich über die besondere Art der niederzubringenden Erklärungen klar würden, so wären sie doch oft nicht imstande, dies in der allgemein verständlichen Sprache genau auszudrücken. Vielfach herrscht auch bei den Kontrahenten über den Sinn der Beurkundung eine gerade entgegengesetzte Meinung. Der gerissenere Teil hält nur die Urkunde für maßgebend, während der harmlo-

---

[12]) Siehe auch 5. Kapitel am Anfang. Dehn, Seite 7.

sere die Niederschrift für eine überflüssige formelle Angelegenheit hält und sich auf die mündlichen Beredungen verläßt. Im letzteren Falle läge über den Sinn der Beurkundung gar keine Einigung, sondern Zwiespalt, Dissens, vor. Aus all dem wird erkennbar, daß die von den Parteien in der Urkunde gebrauchten Wendungen für die Entscheidung, ob eine schlichte Beweisurkunde oder eine aus-sich-verpflichtende Urkunde vorliegt, nicht allein maßgebend sein können. Bestimmend ist vielmehr die Vorstellung, die beide Parteien gemeinsam über die Beurkundung des Vorgangs hatten, also welchen Sinn sie mit ihren Erklärungen dem Beurkundungsvorgang verliehen. Die Urkunde allein darf für die Bestimmung ihres Charakters schon um deswillen nicht maßgebend sein, weil erfahrungsgemäß Formulare mit aus-sich-verpflichtendem Texte häufig zur Aufnahme von bloßen Beweiserklärungen verwendet werden. Namentlich Auftrags- und Bestellscheine werden gerne so gebraucht mit dem mündlichen Bemerken, man wolle nur Aufzeichnungen machen. Wird daher gegenüber einer scheinbar verpflichtenden Urkunde der Nachweis angeboten, die Urkunde sei nur als Beweisurkunde gemeint gewesen, so darf dieser Nachweis nicht damit abgeschnitten werden, daß die Urkunde sich selbst als aus-sich-verpflichtende Urkunde bezeichne. Es steht den Parteien frei, mit einer Erklärung, die nach normalen Sprachgebrauch eine aus-sich-verpflichtende Erklärung ist, den Sinn einer bloßen Beweiserklärung zu verbinden. Natürlich besteht zunächst Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Parteien mit ihren Erklärungen den allgemein üblichen Sinn verbunden haben. Ein Rechtssatz, wonach Worte nur im allgemein üblichen Sinn gebraucht werden dürften, besteht jedoch nicht. Im Gegenteil, § 133 bestimmt, bei der Auslegung von Willenserklärungen sei der wirkliche Wille zu erforschen. Es steht daher den Parteien völlig frei, welchen Sinn sie den von ihnen gebrauchten Ausdrucksmitteln verleihen wollen. Die Parteien können sich ihre eigene Sprache zurecht machen.[13])

Auch die Lebensverhältnisse der Parteien können ausser Zeugen zur Bestimmung des Charakters der Urkunde herangezogen werden. So wird man von einem primitiven Menschen, der kaum seinen Namen schreiben kann, wohl nie annehmen können, daß er mit seiner Unterschrift eine selbständige Verpflichtungserklärung abgibt.

---

[13]) s. auch Kap. 4, Abschn. 11.

Er wird immer mehr auf das gesprochene Wort vertrauen und sich mündlich bestätigen lassen, was er eigentlich unterschreibt. Schon hieraus kann geschlossen werden, daß eine unter solchen Umständen zustande gekommene Urkunde eher Beweiserklärungen als aus-sich-verpflichtende Erklärungen enthält. Ohne weiteres sind die Vertragsurkunden aus-sich-verpflichtend, wenn überhaupt keine mündlichen Beredungen stattfanden, wie beim brieflichen Vertragsschluß.

Die Prüfung des Charakters der Urkunde bietet insbesondere dann den Schlüssel zur Lösung, wenn Urkunde und mündliche Erklärungen einander widersprechen. Aus solchem Widerspruch wird man, wenn die Fortgeltung der mündlichen Erklärungen feststeht, sogar schließen können, daß die Urkunde keine selbständigen Verpflichtungserklärungen enthält.

Das Reichsgericht hat den Grundsatz der Vollgültigkeit der nicht beurkundeten mündlichen Abreden ausgesprochen in den Entscheidungen in Band 68/15; JW. 1912/273; 1915/507.

II. Die Beweisbedeutung der Vertragsurkunde.

Soweit keine gesetzliche Formvorschrift besteht, sind also die schriftlichen Erklärungen in der Vertragsurkunde materiellrechtlich den mündlichen Erklärungen gleichgestellt, müssen, soweit sie nur Beweiserklärungen sind, sogar hinter diesen zurücktreten. Den in der Urkunde enthaltenen Erklärungen kommt dagegen prozessual eine gehobene Bedeutung zu.

Die Vertragsurkunde hat die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Diese Vermutung ist nicht etwa eine Rechtsvermutung (praesumtio iuris), daß bis zum Beweise des Gegenteils das Gericht die Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde annehmen müsse. Sie ist vielmehr eine tatsächliche Vermutung und beruht auf dem Erfahrungssatz, daß eine Urkunde regelmäßig die in ihr niedergelegten Vereinbarungen richtig wiedergibt. Weil sie eine tatsächliche Vermutung ist, darf sie nicht auf alle Fälle in gleicher Weise schematisch angewendet werden. Es ist vielmehr im Einzelfalle zu prüfen, ob nach der besonderen Sachlage die Anwendung dieses Erfahrungssatzes überhaupt am Platze ist. So muß geprüft werden, ob die Schrift klar und eindeutig ist, ob

es sich um geschäftskundige Personen handelt, kurz, ob die Verhältnisse so liegen, daß nicht von vornherein die Vermutung für Vollständigkeit ausgeschlossen ist.[14]) Insbesondere wird die Tatsache, daß einzelne Abreden auf der Urkunde formularmäßig in kleiner Schrift vorgedruckt sind, geeignet sein, für diese die Vermutung auszuschliessen. Hier wird der Richter u. U. sagen müssen: Durch diese kleingedruckten Bemerkungen bin ich noch lange nicht überzeugt, daß ihr sie wirklich vereinbart habt.

Die Vermutung geht im Einzelnen dahin, daß überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde — also ernsthafte Verpflichtungserklärungen ausgetauscht wurden und daß die Abreden dieses Vertrages von der Urkunde richtig und vollständig wiedergegeben werden. Diese Vermutung und nicht mehr spricht einmal dafür, daß die Urkunde den Charakter hat, den sie sich selber beilegt. Man kann lediglich vermuten, daß die Urkunde Beweisurkunde oder aus-sich-verpflichtende Urkunde sein soll, wenn sie sich als solche ausgibt und auch dieses vielfach nicht. Es steht den Parteien frei, in ihrer endgültigen Vereinbarung der Urkunde den aus-sich-verpflichtenden Charakter durch mündliche Absprache zu nehmen, ohne die Urkunde selbst abzuändern. Hier hat also die Urkunde den Anschein einer Verpflichtungsurkunde, während sie tatsächlich nur Beweisurkunde ist.

Wie für die Richtigkeit, so spricht die tatsächliche Vermutung auch für die Vollständigkeit der Urkunde. Bis zu dem Beweise des Gegenteils kann angenommen werden, daß außer den in der Urkunde enthaltenen keine weiteren Vertragsabreden getroffen wurden. Zur Führung dieses Gegenbeweises ist einmal notwendig, darzutun, daß überhaupt noch Abreden gefallen sind, ferner aber, daß diese auch zum Bestandteil des endgültigen Vertrags geworden sind.

Nach der Lebenserfahrung ist es wahrscheinlich, daß Abreden, die im Verlaufe von Vertragsverhandlungen nur erwogen werden, nicht in den endgültigen Abschluß aufgenommen werden. Daher kann vermutet werden, daß nicht beurkundete Abreden fallen gelassen wurden. Zur Entkräftung der Vermutung muß daher die Aufnahme der mündlichen Abreden in den endgültigen Abschluß, ihre Fortgeltung erwiesen werden. Dieser Nachweis wird meist nur durch Aufklärung darüber, warum die Abreden

[14]) Dänzer, Seite 23.

nicht in die Urkunde Aufnahme fanden, geführt werden können. Er ist aber nicht notwendig darauf beschränkt, da der Fortgeltungswille sich auch aus anderen Umständen ergeben kann.

Nichts weiter als eine tatsächliche Vermutung spricht auch dafür, daß überhaupt ein Vertrag zustande gekommen sei. Es ist daher den Parteien möglich, nachzuweisen, daß ein Vertrag nicht zustande gekommen ist und damit die Urkunde zu entkräften. Gelingt der Nachweis, dann bedarf es nicht mehr einer Anfechtung des Vertrags wegen Täuschung oder Irrtums. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß die Urkunde nur Beweisurkunde ist. Eine selbständige Verpflichtungserklärung in der Urkunde könnte natürlich nur mit den Behelfen des materiellen Rechts, so durch Anfechtung beseitigt werden, soferne sie nicht schon durch Abänderungsvereinbarung aufgehoben wurde.

Das Reichsgericht tut der Unterscheidung, ob die Urkunde Beweisurkunde oder Dispositivurkunde ist, keine besondere Erwähnung. Der Grund ist offenbar, daß bei den Fällen, die seiner Entscheidung unterlagen, in dieser Hinsicht keinerlei Zweifel bestanden.

Seine Auffassung ist niedergelegt in den Entscheidungen Bd. 52/25; 65/49; 68/15; RG. Warn. 1918 Nr. 50.

Ihnen entnehmen wir:

„Die Niederschrift eines Vertrags ist die endgültige Zusammenfassung und Festlegung desjenigen, was die Parteien gewollt und was sie namentlich auch in ihren mündlichen Beredungen zum Ausdruck gebracht haben .... Zeigt die Urkunde Abweichungen von den mündlichen Beredungen, so spricht die durch die Erfahrung des Verkehrs gebilligte Vermutung zunächst dafür, daß die Parteien schließlich über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist; daß sie das, was sie etwa im Widerspruch mit der Schrift hin- und hergeredet haben, nicht haben aufrecht erhalten wollen. Die bloße Behauptung von Vereinbarungen neben der Urkunde genügt daher nicht; es muß auch die Fortgeltung des nur mündlich Abgesprochenen behauptet und bewiesen werden. Wer bloß behaupten kann, daß Abreden getroffen wurden, braucht damit solange nicht gehört zu werden, als er nicht darlegt, daß das mündlich Besprochene habe gelten sollen.

Diese Darlegung kann auch durch den Nachweis von Umständen erfolgen, die erkennbar auf die Fortgeltung von mündlichen Abreden neben der Schrift schließen lassen."

Ueber den Charakter dieser Vermutung spricht sich das RG. näher aus in der Entscheidung RGZ. 68/15.

„Diese Vermutung ist lediglich eine tatsächliche Vermutung; sie ist daher entkräftet durch die Feststellung, daß auch zur Zeit der Anfertigung der Urkunde die Parteien die Fortgeltung der mündlich vereinbarten und in die Urkunde nicht aufgenommenen Abreden noch wollten. Eine solche Feststellung wird allerdings in der Regel nur in der Weise erfolgen können, daß besondere Umstände oder Gründe nachgewiesen werden, wegen deren die mündliche Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen wurde. Diese Erfahrungstatsache rechtfertigt indes nicht, als allgemein geltenden Satz aufzustellen, daß nur durch den Nachweis solch besonderer Umstände oder Gründe die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde entkräftet werden könne . . . ."

An der Entkräftung der Beweiskraft der Urkunde werden die Parteien auch durch die Unterzeichnung nicht gehindert.

Oertmann zu § 125; Titze. Mißverständnis, S. 129; Staub 350 Anm. 72; Siegel, ArchZivPrax. 111, S. 53; Seuff.A. 78, S. 98; RG. 62/78; Warn.Rechtspr. 09, S. 60; Nr. 64; JW. 06; 349.

Dieser Behandlung der unterzeichneten Vertragsurkunde steht § 416 ZPO. nicht entgegen. Er lautet:

> Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

Nach nunmehr wohl allgemeiner Auffassung hat dies zu bedeuten, daß durch die unterzeichnete Vertragsurkunde nur der äußere Vorgang der Abgabe der Erklärung bewiesen wird; sie hat die sog. formelle Beweiskraft. Inwiefern aus der bloßen Abgabe der Erklärung materiellrechtliche Wirkungen, also Verpflichtungen des Ausstellers herzuleiten sind, bleibt der freien richterlichen Beweiswürdigung überlassen.

Es ist insbesondere nicht voll erwiesen die Ernstlichkeit der urkundlichen Erklärungen, ebensowenig der

Charakter, den sie sich selber beilegen. Es kann dargetan werden, daß die Parteien einen anderen Sinn der urkundlichen Erklärung vereinbart hatten,[15]) so den, daß sie Beweiserklärung sein sollte.

Gegen die formelle Beweiskraft für die äußere Abgabe der Erklärungen ist allerdings kein Gegenbeweis zulässig. Er würde § 416 jeder Bedeutung entkleiden.

In der Praxis neigt man dazu, aus der tatsächlichen Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde eine Rechtsvermutung zu entwickeln. Diese Tendenz findet sich auch bei anderen tatsächlichen Vermutungen, wie ja überhaupt die Rechtsvermutungen alle von der Praxis aus tatsächlichen Vermutungen entwikkelt worden sind.[16])

Auch glaubte die neuere Praxis, den Wünschen des Unternehmertums auf Festigung der Stellung der Urkunden in gewissem Maße Rechnung tragen zu müssen.[17]) Das RG. ist aber in den oben angegebenen Entscheidungen all diesen Bestrebungen mit Entschiedenheit entgegengetreten.

Ist eine Abrede nicht Bestandteil des Vertrags geworden oder ist sie als solcher wenigstens nicht erweisbar, so bleibt immer noch die Möglichkeit, sie zur Auslegung des Vertrags heranzuziehen. Solche Verwendung setzt allerdings voraus, daß der Vertrag überhaupt auslegungsbedürftig ist. Unrecht wäre es aber, die Parteien beim Nachweis der Auslegungsbedürftigkeit auf die Urkunde beschränken zu wollen. Den Parteien steht ja frei, welchen Sinn sie mit den gebrauchten Worten und Sätzen verbinden wollen. Es ist daher denkbar, daß die Urkunde allein wohl einen klaren Sinn ergibt, aber erst außerurkundliche Umstände erkennen lassen, daß die Parteien einen anderen, durchaus nicht klaren Sinn mit ihr verbunden haben. Es ist daher notwendig, den Nachweis der Auslegungsbedürftigkeit auch durch außerurkundliche Umstände zu gestatten. Falsch ist es, wenn einige Schriftsteller[18]) sagen: mangels Auslegungsbedürftigkeit bewendet es bei der Urkunde. Es muß heißen: bewendet es beim Vertrage. Weist dieser aber Unklar-

---

[15]) Siegel Arch.civ.Prax. 111, S. 23; Stein-Jonas zu § 416.

[16]) Dänzer, a.a.O.

[17]) Leist, ArchcivPrax. 102/215.

[18]) Sörgels Rspr. 1916 Nr. 5 (RG), 1913 zu § 126 BGB., RG. 11.10.12; RG 59/219; 62/175; 382; Gruch. 49/883; Warn.Rspr. 19 Nr. 49; LZ 14/774.

heiten auf, dann ist der wirkliche Wille nach § 133 zu erforschen. Zu dieser Willenserforschung sind nicht nur fallengelassene Abreden unmittelbar bei Vertragsschluß, sondern auch zeitlich vorhergehende (Vorberedungen) und nachfolgende (Nachberedungen) zu verwenden. Sie alle können zur Erforschung des wahren Willens dienlich sein. Daß über sie alle Beweise erhoben werden können, versteht sich von selbst.[18]). Abreden, die nicht Vertragsbestandteil geworden sind, können außer zur Auslegung auch für die materiellrechtliche Wirkung des Vertrags von Bedeutung sein, namentlich zur Begründung einer Anfechtung wegen Willensmangels. Ihre Bedeutung auf diesem Gebiete zu verfolgen, würde uns hier zu weit führen.

III. Bestätigungsschreiben.

Eine Vertragsurkunde von gesteigerter Bedeutung bildet das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Ihm gegenüber gibt es keine Geltendmachung mündlicher Abreden. Dies hat einen materiellrechtlichen Grund.

Wird nach einem mündlichen Vertragsabschluß unter Kaufleuten ein Bestätigungsschreiben übersandt, so hat dies die Bedeutung eines Vertragsantrags. Es ist Antrag zu einem Bestätigungsvertrage, durch den nachträglich festgestellt wird, auf was man sich geeinigt hat. Ein solcher Vertragsantrag wird nach Handelssitte durch Stillschweigen nicht — wie sonst — abgelehnt, sondern angenommen. Die Anschauungen des Handelsverkehrs verlangen, daß der stillschweigende Empfänger, auch wenn er nicht zustimmt, sich so behandeln lassen muß, als hätte er dem Bestätigungsschreiben zugestimmt. In diesem durch Stillschweigen zustandekommenden Bestätigungsvertrage, mit dem auf vertragliche Abreden außerhalb des Bestätigungsschreibens verzichtet und der Inhalt des Vertrags als richtig wiedergegeben anerkannt wird, liegt die rechtserzeugende Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens.

HGB. § 346; BGB. § 157; RGZ 95/96; 97/194; 103/405; 129/348.

Diese eigentümliche rechtserzeugende Wirkung kommt aber nur einem solchen Bestätigungsschrei-

ben zu, das als Zusammenfassung des Inhalts eines bereits getroffenen Vertrags gedacht ist. Der kaufmännische Sprachgebrauch verwendet den Ausdrück Bestätigungsschreiben auch in anderem Sinne. Er bezeichnet damit auch die schriftliche Annahme eines Vertragsantrages, die Genehmigung des von einem vollmachtlosen Reisenden geschlossenen Vertrag. Diese Bestätigungsschreiben haben als solche keine rechtserzeugende Wirkung, sondern nur in ihrer Eigenschaft als Vertragsannahme. Keine rechtserzeugende Wirkung hat das Bestätigungsschreiben auch dann, wenn mit seiner Uebersendung lediglich ein Beweismittel geschaffen werden soll. Es besitzt dann nur rechtsbekundende Wirkung. Weicht ein solches Bestätigungsschreiben vom mündlichen Vertrage ab, so wird dessen Bestand dadurch nicht berührt; allein die Beweislast ändert sich.

Staub HGB., § 372, Anm. 38.

IV. Kapitel.

Der gesetzliche Formzwang.

I. Der normale Formzwang.

1.) Verlangt das Gesetz für einen Vertrag die Wahrung einer bestimmten Form, so sprechen wir von gesetzlichem Formzwang. Solcher besteht für Verträge nach den §§ 566 (Grundstücksmietvertrag über ein Jahr), 761 (Leibrente), 766 (Bürgschaftsvertrag), 780 (abstrakter Schuldvertrag), 781 (Schuldanerkenntnisvertrag), 311 (Vermögensübertragungsvertrag), 312 II (Nachlaßvertrag über den gesetzlichen Erbteil), 313 (Grundstücksveräußerungsvertrag), 1491 II (Gesamtgutverzichtsvertrag), 1501 II (Vereinbarung über die Anrechnung einer Abfindung), 2033 (Miterbenanteilsveräußerungsvertrag), 2037; 2348 (Erbverzichtsvertrag), 2351; 2352; 2371 (Erbschaftsverkauf), 2385 (Verkauf der vertraglich erworbenen Erbschaft), 925 (Einigung, 1434 (Ehevertrag), 1750 II (Adoptionsvertrag), 1770; 2276 (Erbvertrag), 2290 IV (Vertrag zur Aufhebung eines Erbvertrages).

2.) Die Formen, die das Gesetz in diesen Fällen vorschreibt, sind entweder einfache Schriftform, gerichtliche oder notarielle (öffentliche) Beurkundung oder Schliessung des Vertrags bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar.

Der einfachen Schriftform ist genügt, wenn die Urkunde vom Aussteller eigenhändig unterschrieben oder mittels öffentlich beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist. § 126. Die Unterzeichnung durch beide Parteien muß, wo sie erforderlich ist, auf derselben Urkunde erfolgen, doch genügt es auch, wenn bei mehreren gleichlautenden Urkunden jede Partei die für den Gegner bestimmte Urkunde unterzeichnet.

Bei der öffentlichen Beurkundung genügt es, wenn Antrag und Annahme nacheinander gesondert beurkundet werden. § 128. Ein Sonderfall der öffentlichen Beurkundung ist der Vertragsschluß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar.

Ein Mittelding zwischen der privaten Schriftform und der öffentlichen Beurkundung ist die öffentliche Beglaubigung. Hier wird die Echtheit der Unterschrift unter einer Privaturkunde durch die öffentliche Urkundsperson bestätigt. § 129. Die öffentliche Beglaubigung kommt jedoch für Verträge nicht in Betracht; das Gesetz verwendet sie dort, wo es einseitige Erklärungen unter Formerfordernis stellt, so bei Bestätigungen, Anerkennungserklärungen, bei der Aufstellung von Verzeichnissen u. a.

3. Sinn des Formzwanges.

Das Gesetz verfolgt mit der Unterwerfung der oben aufgeführten Verträge unter eine Form verschiedene Zwecke. Die Formen sollen gegen Uebereilung schützen; sie sollen außerdem die Herausfindung des wahren Vertragsinhalts erleichtern, sowohl den Parteien eine gewisse Sicherheit über den Abschluß geben als auch dem Gericht die Ueberzeugung von dem tatsächlichen Inhalt der Vereinbarung vermitteln.

Enneccerus, Seite 391; § 145/II. Motive 1, Seite 179; ROLG. 4/207; Reichel, Seite 33; Dehn, Seite 6.

4.) Folge der Nichtbeachtung der Form ist die Nichtigkeit des der Form unterliegenden Rechtsgeschäfts, nicht etwa nur dessen Nichtbeweisbarkeit oder Nichtklagbarkeit. § 125 BGB. Mit „Nichtigkeit" meint das Gesetz absolute Versagung der rechtlichen Anerkennung. Die mit dem Geschäft beabsichtigten Rechtsfolgen treten nicht ein. Es besteht kein Anspruch auf Nachholung der Form; kein Anspruch auf Schadensersatz oder Gewährleistung kann durch das nichtige Rechtsgeschäft begründet werden. Es entsteht auch keine Naturalobligation. Die Nichtigkeit ist ferner von Amtswegen zu berücksichtigen.

RG Recht 1912 Nr. 194, Recht 1913/1710, JW 1929 S. 438 Nr. 4.

Verzicht auf ihre Geltendmachung wäre wirkungslos, RG. 61/267. Ein Erfüllungsgeschäft wird zwar von der Nichtigkeit des ihm zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nicht ergriffen, das Geleistete kann aber als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden.

ArchZivPrax 104. Seite 16; RG 93/222.

Grundsätzlich ist auch keine Heilung möglich. Nur der Abschluß eines neuen formrichtigen Geschäfts vermag die beabsichtigten Wirkungen herbeizuführen. (§ 141 BGB.).

RGR.Komm. § 125 Anm. 1; Staud. § 313 Anm. C I.

Ausnahmsweise hat der Formverstoß keine Nichtigkeit zur Folge beim mehrjährigen Mietvertrag. Auf ihn kommen wir am Ende dieses Kapitels besonders zu sprechen.

5.) Diese Abhängigkeit der rechtlichen Anerkennung eines Vertrags von der Form kann in zweierlei Weise aufgefaßt werden. Man kann annehmen, daß die Form zu den mündlichen Erklärungen, wo solche überhaupt vorliegen, hinzukommt, und ihnen die Rechtswirksamkeit verleiht. Damit ist den mündlichen Erklärungen eine gewisse rechtliche Erheblichkeit belassen. Man könnte andererseits annehmen, daß vertragliche Erklärungen, die der Form unterliegen, in einer für die Rechtsordnung erheblichen Weise, was das Zustandekommen des Vertrags anlangt, formlos gar nicht abgegeben werden können. Hier wäre also vertragliche Erklärung lediglich das in der Form Erklärte. Der Urkunde wäre stets „Dispositivurkunde", immer selbständige Verpflichtungserklärung, nie Beweisurkunde. Die mündlichen Erklärungen hätten, was das Zustandekommen des Vertrags betrifft, überhaupt keine Bedeutung.

Diese zweite Auffassung würde zwar praktisch einige Vorteile bieten, ist jedoch mit unserem Rechtsempfinden nicht zu vereinbaren. Urgrund aller Verpflichtung ist für das volkstümliche Rechtsempfinden das gesprocheneWort. Daran läßt sich nicht vorbeisehen. Es ist daher vorzuziehen, die gesetzliche Form als etwas anzusehen, das zur mündlichen Vertragserklärung hinzukommt und ihr die Rechtswirksamkeit verleiht. Dabei kann sich sehr wohl ergeben, daß die Erklärungen in der formellen Urkunde auf Grund des Parteiwillens aus-sich-verpflichtende Erklärungen sind; aber wegen des gesetzlichen Formzwangs allein schon können sie noch nicht als solche angesehen werden.

6. Erstreckung. (Was alles unterliegt dem Fomzwang?)

Ist nur für einen Teil der vertraglichen Abreden die erforderliche Form nicht gewahrt, so sind zunächst auf alle Fälle diese Abreden nichtig. Der Formzwang erstreckt sich nicht etwa nur auf wesentliche Teile, sondern auf die Gesamtheit der vertraglichen Abreden. Formlose Abreden werden deshalb nicht dadurch gültig, daß für einige Hauptabreden die Form gewahrt ist. Dies kommt schon in den Motiven zum BGB., Bd. 1, Seite 183 zum Ausdruck:

„Stellt das Gesetz ein Rechtsgeschäft unter eine be-

sondere Form, so erstreckt sich das Formerfordernis auf alle von den Beteiligten zu treffenden Bestimmungen. Verabredungen, welche nicht in die erforderliche Form gebracht worden sind, haben keine Gültigkeit."

Obwohl diese Auffassung verschiedentlich Widerspruch erfahren hat,

> Dernburg, BR Bd. 2, Abt. 2, Seite 51 Nr. 3; Scherer BGB Buch 1, Seite 215.

stehen Theorie und Praxis heute ziemlich einmütig hinter ihr.

> RG 51,179; 52,4; 64,40; 107,357; 103,295;
> Seuff.A. 58, Nr. 3, Seite 7; ROLG 4/207; 8, Nr. 8; 22/205;
> JW 1909, Seite 12; (Niendorf 57; Mittelstein 71; 74; 78);
> Eccius Gruchot 43/309; Oertmann 1927, § 125 Anm. 5 b.

Staudinger 1925, § 313 Anm. A II 1a meint, nicht urkundspflichtig wären nebensächliche Punkte, die für die Entschließung der Parteien belanglos waren. Er verwechselt aber damit die Frage, ob die Ungültigkeit solcher belangloser Abreden die Gültigkeit des Hauptvertrags berühren könne. Belanglose Abreden beeinträchtigen nach § 139 den übrigen Vertrag nicht. Sie selbst aber sind und bleiben wegen Formmangels nichtig. Von der Erstreckung des Formzwanges gibt es auch für sie keine Ausnahme. Etwas anderes lassen auch die von Staudinger angeführten Entscheidungen in Warn.E 1923/24 Nr. 111 und DRZ. 1925 Nr. 176 nicht erkennen.

> Daher sagt Planck-Siber: § 313, Anm. 3 mit Recht: „Jede einzelne Abrede, und sei sie noch so nebensächlich, bedarf also, wenn sie Rechtswirkung erhalten soll, der Aufnahme in die Form."

Anders Staub, § 350, Anm. 26 („alle Abreden, die die Vertragschließenden als wesentlich erachtet haben").

Die Erstreckung des Formzwanges auf alle Abreden wird allein seinem Zwecke gerecht. Beweiszweck wie auch die Anhaltung der Parteien zur Ueberlegung werden illusorisch, wenn formlose Nebenbindungen Wirkung haben können. Ueberlegung der Parteien wird nur erreicht, wenn sie im Augenblick des Abschlusses, also bei der Unterschrift, genau wissen, was sie alles vereinbaren, also wenn alles in der Urkunde stehen muß. Insofern ist es unrichtig, wenn behauptet wird, Bestimmtheit und Verläßlichkeit des Urkundeninhalts seien nicht

Zweck des Formzwanges. Sie sind es auch, zum mindesten für die Parteien im Augenblick des Abschlusses.

7.) Teilweise Erstreckung.

Nicht auf alle Abreden erstreckt sich der Formzwang kraft gesetzlicher Vorschrift bei Bürgschaft, Schenkungsversprechen, Leibrente, beim abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisvertrag. Hier ist nur die Versprechens- bzw. Anerkenntniserklärung der Form unterworfen.

§§ 766, 518, 761, 780, 781 BGB.

Sinngemäß ist hier aber nicht nur die Versprechenserklärung im engsten Wortsinn formbedürftig, sondern auch die Erklärungen, die der näheren praktischen Ausgestaltung des Versprechens dienen, vor allem auch solche, die es verschärfen. Dagegen können Abreden, die die Verpflichtung des Versprechensgebers abschwächen, nicht an die Form gebunden sein, da diese nur im Interesse des Versprechenden besteht, sich also nicht zu dessen Nachteil auswirken darf.

RG. 71/416.

Es sind also nicht etwa grundsätzlich alle Erklärungen des Versprechensgebers formbedürftig.

Planck, § 125, Erl. 4 a α, JW 1911/535. Buck Gruchot 48/725.

Natürlich können auch abschwächende Nachberedungen hier formlos getroffen werden.

8.) Abreden als selbständiger Vertrag.

Gültigkeit formloser Abreden gibt es auch dann, wenn diese für sich einen selbständigen formfreien Vertrag bilden. Es kommt vor, daß bei einem Abschluß die Gesamtheit der von den Parteien gewechselten Erklärungen mehrere Verträge enthält, die jeder für sich selbständig sind und rechtlich nicht in Zusammenhang stehen, also keine rechtliche Einheit bilden. In diesem Fall ist, wenn einer dieser Verträge formbedürftig ist, diese Form für die anderen Verträge nicht erforderlich.

Bilden dagegen die mehreren Verträge rechtlich eine Einheit, so erstreckt sich die für einen von ihnen erforderliche Form auch auf die anderen, also auf die gesamte Vereinbarung.

Diese rechtliche Einheit ist dann gegeben, wenn die Parteien durch übereinstimmende ausdrückliche oder still-

schweigende Erklärung den Abschluß des einen Geschäfts zur Bedingung für den Abschluß des anderen Geschäfts gemacht haben, wenn also beide Verträge nur im Zusammenhang gelten sollten. Dieser rechtliche Zusammenhang liegt stets vor beim gemischten und beim zusammengesetzten Vertrag.

ROLG 23/34 X a; RG 95/5.

Er ist aber nicht schon deswegen gegeben, weil die Parteien durch den Abschluß des einen Geschäfts zum Abschluß des anderen veranlaßt wurden. Der wirtschaftliche Zusammenhang mehrerer Verträge hat nicht notwendig den rechtlichen zur Folge. Es ist durchaus denkbar, daß die Parteien wirtschaftlich zusammengehörige Geschäfte als rechtlich selbständig und von einander unabhängig behandeln.

So dann, wenn die Parteien, sich gegenseitig vertrauten, daß nach dem Abschluß des einen Geschäfts auch das andere zustande kommen werde.

Auch aus dem gleichzeitigen Abschluß mehrerer Verträge folgt nicht notwendig deren rechtlicher Zusammenhang.

Bei äußerer Trennung, Niederlegung in getrennten Urkunden spricht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen zweier selbständiger Geschäfte. Man kann annehmen, daß die Parteien mit der Trennung die rechtliche Selbständigkeit der Verträge zum Ausdruck bringen wollten. Zur Entkräftung dieser Vermutung genügt nicht allein der gleichzeitige Abschluß und der Nachweis wirtschaftlichen Zusammenhanges, sondern nur der Nachweis, daß ein Vertrag Bedingung für den anderen sein sollte. Die tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit des getrennten Vertrags ist nicht nur anzuwenden, wenn mehrere Urkunden vorliegen, sondern auch, wenn neben einem urkundlichen Vertrag mündliche Abreden vorhanden sind, die für sich einen selbständigen Vertrag bilden können.

über die Vermutung bei äuß. Trennung siehe:

RG: 103,297; JW 1922,800; RG 79,439 = JW 1912,854; JW 1925,2236 Nr. 9; JW 1924,1246; RG. Seuff.A. 78, Nr. 10; Recht 1924 Nr. 222; Recht 1925 Nr. 9; Recht 1916, Nr. 1269. J.Rundsch. 1926 Nr. 1113; RG Warn.E., 1914 Nr. 65; RG 97 219; RG 51/181; RG 79/416.

9.) Auswirkung der Nichtigkeit von Abreden. Welche Auswirkungen die Nichtigkeit einer form-

losen Abrede auf den übrigen, formell richtig n Vertragsteil hat, wird allgemein nach § 139 BGB. beurteilt. Danach hat die Nichtigkeit eines Teils grundsätzlich die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge, sofern nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Es erscheint zunächst bedenklich, diesen Satz so ohne weiteres auf die Teilnichtigkeit eines Vertrages anzuwenden. Er führt regelmäßig die Totalansicht herbei, da der Vertrag selten auch ohne die nichtbeurkundete Abrede geschlossen worden wäre. So besteht für den Vertragsteil, der es verabsäumt hat, eine ihm günstige Abrede beurkunden zu lassen, stets die Möglichkeit, unter Berufung hierauf die Nichtigkeit des Vertrags herbeizuführen. Er würde also für seine Nachlässigkeit belohnt, ohne sich dabei besonderen Gefahren auszusetzen. Der andere Teil wird gar nicht darauf kommen, die ihm ungünstige Abrede in dieser Weise zu verwenden.

Dieser Gefahr ist jedoch durch die Anwendung der tatsächlichen Vermutung von der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde zu begegnen (s. o.), die im Gebiete des Formzwangs natürlich in gleicher Weise gilt, wie für die formfreien Verträge. Wer sich auf eine mündliche Abrede beruft, muß deren Fortgeltung beweisen, da vermutet werden kann, die Abrede sei fallen gelassen. Dieser Nachweis wird regelmäßig nur durch Aufklärung darüber, warum die Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen wurde, geführt werden können. Werden hier strenge Anforderungen gestellt, so kann eine ungerechte Lossagung vom Vertrage sehr erschwert werden.

9a.) Verzicht auf Rechtswirkung.

Nicht zu verwechseln mit der Nichtigkeit, die ja stets entgegen den ursprünglichen Parteiwillen eintritt, ist der Verzicht der Parteien auf die Rechtswirksamkeit ihrer Abmachungen. Verzichten die Parteien bewußt auf die rechtliche Anerkennung, indem sie ausmachen, der Vertrag solle vor Gericht nicht gelten, so ist das keine Nichtigkeit im technischen Sinn des BGB. Vom Standpunkt des Rechts ist ein Vertrag, der gar nicht rechtlich anerkannt sein will, überhaupt kein Vertrag. Für das Recht haben die Parteien einen verpflichtenden Vertrag gar nicht geschlossen. Daß die Parteien an ihre Verein-

barung auch vor dem Rechte gebunden sein wollen, ist zwar nicht notwendige Voraussetzung der rechtlichen Anerkennung vertraglicher Verpflichtung. Grundsätzlich erzeugt jede vertragliche Verpflichtung auch die rechtliche Bindung. Die Parteien können jedoch diese rechtliche Bindung bei Eingehung der Verpflichtung wegbedingen.

Waren sich daher die Parteien hinsichtlich einzelner Abreden ihres Vertrages darüber einig, daß diese, keine rechtliche Bindung erzeugen sollten, so können die Abreden den übrigen Vertrag nicht etwa nach § 139 beeinträchtigen. Für das Recht sind sie gar nicht ins Leben getreten, nicht etwa „nichtig".

Solches Wegbedingen der Rechtswirksamkeit liegt dann vor, wenn die Parteien von der Nichtigkeit ihrer formlosen Abreden Kenntnis hatten, trotzdem aber die erforderliche formelle Beurkundung unterließen. Dieses Unterlassen läßt erkennen, daß den Parteien gar nicht daran gelegen war, diese Abreden in rechtlich verpflichtender Weise zu treffen. Sie beraubten damit, daß sie dies zu erkennen gaben, ihre Abreden der Rechtswirksamkeit; § 139 kann daher nicht auf sie angewendet werden; der formell beurkundete Teil bleibt wirksam.

RG 122/140; Staud., § 313 C II 2 b.

10.) Wesentliche Vertragsbestandteile.

Ohne aus der Teilnichtigkeit die Totalnichtigkeit zu folgern, erklärt die herrschende Lehre, die nicht formgerechte Beurkundung einer wesentlichen Vertragsabrede habe schon von sich aus die Nichtigkeit des gesamten Vertrags zur Folge. Die Nichtigkeit des Vertrags ergebe sich hier nicht aus der Anwendung des § 139; sie liege, wenn eine wesentliche Abrede der Form entbehre, schon in der Natur des Rechtsgeschäfts begründet. § 139 könne nur dann Anwendung finden, wenn das einheitliche Rechtsgeschäft sich in mehrere Teile zerlegen lasse, von denen jeder auch für sich bestehen könne. Wo eine solche Zerlegung nicht möglich sei, scheide die Anwendung des § 139 und vor allem seiner Ausnahme aus. Er sei auf zusammengesetzte Rechtsgeschäfte beschränkt.

RG 78, 43 120; RG Recht 1922 Nr. 10; Staub HGB, § 350, Anm. 74 a. Staudinger, § 139.

Hierin kann der herrschenden Meinung nicht beigepflichtet werden. Totalnichtigkeit als Folge der Nichtigkeit einzelner Abreden kann auch bei unteilbaren Rechtsgeschäften nur eine Folge des im § 139 ausgesprochenen Rechts-

satzes sein. Wenn bei einem untrennbaren Vertrage einzelne Abreden wegen Formmangels nichtig sind, so kann der restliche formelle Vertrag immer noch ein Gebilde darstellen, das den von den Parteien verfolgten Absichten genügt. Aus den übrigen Vorschriften über den Formzwang ist weiter nichts zu entnehmen, als daß die einzelnen formlosen Abreden nichtig sind; die Gesamtnichtigkeit kann aus ihnen nicht gefolgert werden. Selbst bei Formnichtigkeit wesentlicher Vertragsabreden kann immer noch ein Vertrag, wenn auch vielleicht anderen Typs, übrigbleiben. Freilich wird man in diesem Fall kaum annehmen dürfen, daß die Parteien einen solchen Vertrag gewollt hätten, deshalb wird die Ausnahme des § 139 keine Anwendung finden können. Wie man aber die Gesamtnichtigkeit ohne Bezugnahme auf 139 folgern will, ist nicht vorstellbar. Die Gefahr, daß der Vertrag einen ganz anderen Charakter bekommt, als die Parteien beabsichtigen, ist doch an sich noch kein Grund, die Nichtigkeit des Restvertrages anzunehmen. Sie verbietet lediglich, die Ausnahme des § 139 anzuwenden.

Keiner Bezugnahme auf § 139 bedarf es erst dann, wenn der verbleibende Rest nicht als selbständiges Rechtsgeschäft bestehen kann, also überhaupt kein lebensfähiges Rechtsgebilde darstellt. Bis ein solch sinnloses Gebilde entsteht, können aber viele Abreden, auch wesentliche, wegfallen. So wäre es denkbar, daß eine Partei auf eine genaue Bestimmung der Gegenleistung verzichtet hat.

A.A. RGR Komm., § 139 I; RG Recht 1922 Nr. 10; RG. 78. 120; 43; Staub, § 350, Anm. 74 a; Staud., § 139; Sörgel, 139 I 2;

Für Anwendung des § 139 auf unteilbare Verträge:

Enneccerus, § 189 IV b; Oertmann, § 139 Anm. 2; RG 93 (334; 338).

Die übermäßige Betonung der wesentlichen Vertragsbestandsteile ist offenbar auf Einflüsse vom formbedürftigen Mietvertrag her zurückzuführen. Bei diesem sind jene allerdings von Wichtigkeit, da sich das Formerfordernis nur auf sie erstreckt. Siehe unten.

Dieser Einfluß ist daran zu erkennen, daß die in JW. 1906/548 und 1907/134 abgedruckten Reichsgerichtsentscheidungen, die von einem Grundstücksveräußerungsvertrag handeln, auf eine Mietvertragsentscheidung Bezug nehmen, nämlich JW. 1906/348. Sie wenden so die dem besonderen Formzwang des Mietvertrages angemessene

Unterscheidung auf den normalen Formzwang an, für den sie in keiner Weise paßt.

11.) Das „Wie" des Formzwangs. (Auslegung).

Zu unterscheiden von der Erstreckung des Formzwangs — der Frage, was alles beurkundet sein muß — ist die Frage, wie die Beurkundung ausfallen muß. Welcher Grad von Deutlichkeit und Bestimmtheit der urkundlichen Erklärung ist zu verlangen, damit sie dem gesetzlichen Formzwang genügt? Ist es etwa möglich, daß eine in die gesetzliche Form nicht ausdrücklich aufgenommene Abrede sinngemäß als in dieser enthalten angesehen wird?

Die vertraglichen Erklärungen werden in der Urkunde so niedergelegt, wie sie sonst mündlich ausgedrückt werden. Das Hilfsmittel der Beurkundung ist also die Sprache. Mit unserer heutigen Schrift, die keine Gedankenschrift, sondern eine Lautschrift ist, läßt sich immer nur etwas niederlegen, was vorher — sei es auch nur in Gedanken — in die Sprache gekleidet wurde. Da unsere gesetzlichen Formen alle eine schriftliche Niederlegung des rechtsgeschäftlichen Inhalts verlangen, so können stillschweigende Willenserklärungen, die ohne Zuhilfenahme der Sprache durch schlüssige Handlungen erfolgen, als solche nicht in die heutigen gesetzlichen Formen gebracht werden. Dazu bedürfte es einer Schrift, mit der sich gedankliche Vorstellungen unmittelbar ausdrücken lassen, wie wir sie nicht besitzen. Soll für eine Willenserklärung eine gesetzliche Form erfüllt werden, so ist also immer notwendig, daß sie als Gedanke zunächst einmal sprachlich ausgedrückt wird, bevor sie schriftlich niedergelegt werden kann.

Bei der Sprache als einem Uebertragungsmittel von Gedanken besteht nun immer die Möglichkeit, daß etwas sprachlich Ausgedrücktes bei verschiedenen Menschen verschieden verstanden wird. Je nach der Enge der Beziehungen, die den Lebenskreis des Sprechenden mit dem des Aufnehmenden verbinden, ist die Möglichkeit größer oder geringer, daß bestimmte Ausdrücke in beiden Lebenskreisen in verschiedenem Sinne verwendet werden. Die Sprache als lebendes Gebilde wechselt bei denen, die sie gebrauchen, unmerklich, aber dauernd den mit ihr verbundenen Sinn. So kommt es, daß selbst Lebenskreise, die dauernd miteinander in Berührung stehen, verschiedene, wenn auch geringfügig verschiedene Sprachen besit-

zen.[19]) Die Tatsache, daß die Kulturvölker heute eine im großen und ganzen einheitlich gewordene Sprache besitzen, darf daher nicht darüber hinwegtäuschen, daß vielfach ein verschieden gearteter Sinn mit allgemein verwendeten Ausdrücken verbunden wird. Ausdrucksmittel, die von jedermann im genau gleichen Sinn gebraucht werden, gibt es freilich auch, aber wohl nur zur Bezeichnung bestimmter technischer Begriffe, die in einem beschränkten Personenkreis gebraucht werden.

Infolge der verschiedenartigen Verwendungsmöglichkeit der sprachlichen Ausdrucksmittel wird man den Austausch einer Erklärung stets dann als erfolgt ansehen müssen, wenn der Empfänger die Erklärung so auffaßt, wie der Erklärende sie gemeint hat. Ist diese gleichartige Auffassung der übermittelten Erklärung eingetreten, dann ist es belanglos, was für ein Erklärungsmittel zur Verwendung gekommen ist.

Die Verschiedenheit der Sprache im eigenen Volk hat zu der umfänglichen Kontroverse zwischen Willens- und Erklärungstheorie geführt, da man einerseits einsah, daß der wahre Wille der Parteien für die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts maßgeblich sein müsse, andrerseits aber ein nicht geäußerter Wille rechtlich keine Bedeutung erlangen kann. Man übersah dabei bloß, daß die Parteierklärungen nicht notwendig gerade den Sinn enthalten müssen, den die Umgangssprache mit den gebrauchten Ausdrücken gewöhnlich verbindet, daß vielmehr den von den Parteien verwendeten Ausdrücken ein besonderer, nur den Parteien verständlicher Sinn zukommen kann. In diesem Fall sind die Parteierklärungen nicht nach der Umgangssprache aufzufassen, sie sind eine besondere Sprache der Parteien; nach dieser Sprache bestimmt sich dann die rechtliche Bedeutung der der Beurteilung unterliegenden Willenserklärungen. Solange beide Parteien diese Sprache verstehen, sind Willenserklärungen ausgetauscht und wenn auch sonst niemand das Geäußerte in diesem Sinn verstehen kann. Erst wenn die andere Partei die geäußerten Erklärungen nicht mehr im Sinne des

---

[19]) Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: An ein und demselben deutschen Gericht gebrauchen gegenwärtig verschiedene Richter das Wort „Lebsucht" teils im Sinne von Vergnügungssucht teils im Sinne von Lebensunterhalt, ohne daß den jeweiligen Vertretern die andere Verwendungsmöglichkeit immer bekannt wäre, dieses Wort gehört also hier zwei verschiedenen „Sprachen" an.

Erklärenden versieht, dann sind keine Willenserklärungen mehr gewechselt, dann liegt Dissens vor.

Die im Großen und Ganzen einheitlichen Kultursprachen haben die Buchstabeninterpretation mit sich gebracht, da man in den Irrtum verfiel, die der Beurteilung unterliegenden Willenserklärungen nur nach der Umgangssprache aufzufassen. Es war dies ein Formzwang schlimmster Sorte, der den Parteien die Art der für ihre Begriffe zu wählenden Ausdrücke vorschreiben wollte, also verlangte, ihre Ausdrücke so zu verwenden, wie der jeweilige Richter sie verstand. Dieser Formzwang war schon um deswillen unsinnig, weil es die dazu erforderliche Normalsprache, die überall mit den Worten die gleichen Begriffe verbindet, als Umgangssprache nicht gibt und niemals geben wird. Aus diesem richtigen Empfinden heraus ist der Gesetzgeber der Buchstabeninterpretation entgegengetreten und hat bestimmt, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wahre Wille zu erforschen und nicht an dem „buchstäblichen" Sinn zu haften ist, d. h. nicht an dem Sinn, den die Richtersprache mit den gebrauchten Ausdrücken verbinden würde. § 133 BGB. Der Sinn ist also zu erforschen, den die Parteien selbst mit ihren Erklärungen verbunden haben, nicht dagegen darf der Sinn angenommen werden, den die Sprache anderer Volkskreise damit verbinden würde. Ein auch in der Sprache der Parteien geäußerter Wille ist dagegen nach wie vor bedeutungslos.

Aus dem Mangel einer lebendigen Umgangssprache, mit deren Ausdrücken überall der gleiche Sinn verbunden würde, folgt ohne weiteres, daß der Gesetzgeber auch im Bereiche des Formzwangs die Verwendung der Sprache im dem für gewöhnlich üblichen Sinn nicht vorgeschrieben haben kann. Hinsichtlich der Wahl der in die Form zu bringenden Ausdrucksmittel macht das Gesetz den Parteien keine Vorschriften und kann es nicht machen. Die Parteien können mit den gewählten Ausdrücken einen beliebigen Sinn verbinden, dieser Sinn kann dem gewöhnlich damit verbundenen direkt entgegengesetzt sein, er darf auch jedem dritten unverständlich sein.

Der Sinn, der gemeinhin den zur Verwendung gelangten sprachlichen Ausdrucksmitteln zukommt, hat lediglich insofern Bedeutung, als zunächst vermutet werden darf, daß die Parteien ihn mit ihren Erklärungen verbunden haben. Diese tatsächliche Vermutung kann je-

doch entkräftet werden, indem dargetan wird, daß man etwas anderes gemeint hat. In diesem Falle hat der Richter die Sprache der Parteien zu ermitteln und den abweichenden Sinn der gebrauchten Ausdrucksmittel festzustellen. Man wird auf diese Weise finden, daß manche scheinbar nur mündliche, neben der Urkunde stehende Abrede in Wirklichkeit in der formellen Urkunde enthalten ist. Es genügt aber, wenn eine formbedürftige Erklärung in einer den Parteien verständlichen Sprache formell abgegeben ist. Dieser Grundsatz der „Freiheit der Ausdrucksmittel" ist eine notwendige Folgerung aus § 133 BGB.[20]

Mit Rücksicht auf den gesetzlichen Formzwang wird man jedoch für diese Freiheit in der Verwendung der Ausdrucksmittel eine Grenze annehmen müssen. Es würde dem Zweck des Formzwangs widersprechen, wenn es den Parteien gestattet wäre, für eine bestimmte einzelne formbedürftige Erklärung eine besondere Sprache oder Schrift zu vereinbaren. Würde man dies zulassen, so würde hierdurch die Verläßlichkeit der Form illusorisch und eine Unsicherheit in der Beweisführung hervorgerufen, die gerade durch den Formzwang vermieden werden soll. Man muß daher verlangen, daß die im Bereiche des Formzwangs angewendeten Ausdrucksmittel wirkliche „Sprachen" und Schriften sind, die von den Parteien auch sonst in dem gebrauchten Sinne verwendet werden. (z.B. Kunstsprachen, Geheimsprachen und Chiffres); sie dürfen also nicht lediglich für den besonderen Einzelfall vereinbart sein.

Durch diese Beschränkung der Parteiwillkür wird ohne weiteres auch die Gefahr vermieden, daß man schlechtweg die nicht in die Form gebrachten Abreden nach dem Parteiwillen „sinngemäß" in den übrigen, formell abgegebenen Erklärungen als enthalten ansieht. Auf diese Weise könnte man ja jeder formlosen Abrede zur Geltung verhelfen. Vielmehr kann eine zunächst in der formellen Erklärung nicht zu findende Abrede nur dann als in dieser enthalten angesehen werden, wenn die Parteien mit den gebrauchten Wendungen auch sonst schon — unter sich — diese Abrede als zum Ausdruck gebracht empfanden, wenn sie also diese Ausdrücke auch sonst schon als solche „Sprache" verwendeten.

Zur Feststellung des von den Parteien gemeinten Sinnes der Erklärung kann das Gericht sich aller dazu ge-

---

[20] Danz § 17, Staub § 350, Anm. 79.

eigneten Mittel bedienen. Insbesondere kann es die Vorberedungen dazu verwenden, ferner andere Urkunden, aber auch die Lebensverhältnisse der Parteien, die Sitten und Gewohnheiten der zugehörigen Volkskreise, kurz, außerhalb der Urkunde liegende Umstände.

Folge des oben entwickelten Grundsatzes der Freiheit der Ausdrucksmittel ist es, wenn das Reichsgericht sich damit begnügt, daß die Worte des . . . urkundlichen Vertrags möglicherweise als Erklärungen des mündlich vereinbarten angesehen werden können.

JW 05, S. 47; RG 57,260; 59,290; 62,174, 382; 67,214; 71; 115; 76,306; 77,378; 80,400 = JW 1912, 1104; 76,303; RG Jur.Rundsch. 1925 Nr. 481.

Bei allem Auslegungseifer darf nie übersehen werden, daß Auslegung im Gebiete des Formzwangs immer nur Ermittlung des Sinnes einer bereits vorhandenen urkundlichen Erklärung ist. Irgendwie muß die Erklärung in der Urkunde enthalten sein; die Auslegung darf daher den urkundlichen Erklärungen nicht einen Sinn beilegen, der in ihnen auch nach Ermittlung der Sprache der Parteien nicht die geringste Stütze findet. Sie darf nicht gewaltsam in die Urkunde einen Sinn hineinpressen, der auch für die Parteien niemals darin enthalten war. Auslegung ist vielmehr Herausfindung eines Sinnes, den die Parteien bereits beim Abschluß als darin enthalten empfanden. Deshalb sagt das RG. mit Recht: „Erfordert wird, daß in den gebrauchten Worten der Ausdruck dessen, was als der Wille (-Sinn?) des Erklärten ermittelt wird, überhaupt gefunden werden kann."

JW 1905, Seite 47 und in JW 1905, Seite 336:

„Daß der Wille des Erklärenden, wenn auch noch so unvollkommen, seinen Ausdruck gefunden hat, bildet die Schranke, welche durch die Auslegung nicht überschritten werden darf."

Voraussetzung aller Auslegung ist auch hier — wie im Gebiete der Formfreiheit — die Auslegungsbedürftigkeit des Vertrags. Das darf aber nicht so aufgefaßt werden, als ob sich die Auslegungsbedürftigkeit allein nach der Urkunde zu bestimmen hätte. Ein Urkundeninhalt kann äußerlich klar und unzweideutig erscheinen, während die Parteien einen anderen Sinn damit verbunden haben, der doch auslegungsbedürftig ist. Da dies den Parteien freisteht, darf ihnen der Nachweis der Auslegungsbedürftigkeit durch außerurkundliche Umstände nicht damit abgeschnitten werden, daß die Urkunde

klar und eindeutig sei. Daher sind mündliche Abreden durchaus noch nicht hinfällig, wenn Wort und Sinn der Urkunde unzweideutig sind.

A.A. Staub, § 350 Anm. 79; RG 62/49; LZ 1914, 1357, 2.

Ebensowenig zu billigen ist es, wenn das RG. in Bd. 67/214 sagt:

„Es kommt darauf an, daß der wesentliche Inhalt sich vollständig und unmittelbar aus der Urkunde ergibt".

Wenn den Parteien in der Wahl ihrer Ausdrucksmittel freie Hand gelassen ist, — und daran kann angesichts des § 133 nicht gezweifelt werden, - dann darf man auch nicht verlangen, daß die wesentlichen Teile der Vereinbarung ohne weiteres allgemein verständlich sind. Es muß vielmehr auch hier genügen, wenn der Sinn der urkundlichen Erklärung aus Umständen, die außerhalb der Urkunde liegen, ermittelt werden kann.

Wir kommen also zu dem Ergebnis: Formbedürftig sind grundsätzlich alle Vertragsbestandteile. Eine nicht in der formellen Urkunde enthaltene Abrede ist nichtig. Es genügt aber, daß Abreden in der Urkunde überhaupt zum Ausdruck kommen, wie, ist für ihre Wirksamkeit belanglos. Sie müssen nur in der Sprache der Parteien zum Ausdruck kommen.

12.) Berufung auf Treu und Glauben.

Formvorschriften gegenüber muß die Berufung auf Treu und Glauben regelmäßig versagen, hat das Reichsgericht kategorisch erklärt.

RG 52/5; Seuff.A. 58/3;
gegen
Dernburg BR Bd. 2, Abt. 2, Seite 51 Nr. 3;
und
Endemann I Seite 593, Anm. 12e.

und damit zum Ausdruck gebracht, daß es nicht gesonnen ist, eine Beeinträchtigung der gesetzlichen Formvorschriften durch übermäßige Betonung von Treu und Glauben zu dulden. Daher ist eine Verwertung mündlicher Abreden mit Hilfe dieses Grundsatzes nur ausnahmsweise möglich.

Wird die Erfüllung einer Abrede unter Berufung auf den Formmangel verweigert, so kann dem nicht entgegengehalten werden, die Geltendmachung der Formnichtigkeit allein verstoße schon gegen Treu und Glauben,

Soll der Geltendmachung der Formnichtigkeit die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden, so ist erforderlich, daß auf Seite desjenigen, der der Formnichtigkeit entgegentritt, ein Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Form vorgelegen hat. Dieser Irrtum muß vom Geschäftsgegner schuldhaft, zum mindesten fahrlässig verursacht worden sein. Ein mitwirkendes Verschulden des Getäuschten stört nicht, solange den Gegner das Hauptverschulden trifft.

RG 117/121; Stoll JW 1927/2118; RG WarnE 1927, Nr. 135; JW 1927, Seite 973; Nr. 8; JW 1928/2437 Nr. 3 (Asch, Chone); RG Recht 1928 Nr. 276.

Der bloße Ablauf längerer Zeit vermag nicht die Nichtigkeit zu beheben.

Staud., § 313 C I, C III 1. RG 107/181; 357.

Ist die Wahrung der Form von der einen Partei absichtlich verhindert worden, um sich später auf den Formmangel berufen zu können, so verstößt die Geltendmachung der Formnichtigkeit ohne weiteres gegen Treu und Glauben und begründet eine exceptio doli, da sie ja sogar einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung begründen würde. RG. 96 315; RG. Warn. 1919 Nr. 23.

Die Tatsache allein, daß die Geltendmachung der Formnichtigkeit mit dem früheren Verhalten der Partei in Widerspruch steht, weil sie sich zeitweilig selbst auf den Boden des Vertrags gestellt hat, reicht dagegen noch nicht zur Begründung einer exceptio doli aus. Sie reicht auch nicht aus, wenn der Formmangel erst nach langen Jahren geltend gemacht wird.

HRR. 28/217; Recht 29/215; Warn 24 Nr. 100; Seuff.A. 77/114; RG 117/121.

Im Gegensatz zu seiner sonstigen Praxis hat also das RG. bei der Zulassung der Arglisteinrede gegenüber Formnichtigkeit sich weitgehende Beschränkung auferlegt.

13.) Heilung von Abreden.

Die Nichtigkeit des BGB. ist grundsätzlich, wie schon erwähnt, keiner Heilung durch hinzukommende Ereignisse fähig. Daher bleiben formlose mündliche Abreden auch nach einseitiger Erfüllung des Vertrags unwirksam.

Das BGB. kennt keinen allgemeinen Grundsatz der Heilung von Formmängeln, wie ihn das ALR. und das österreichische BGB. kannte. Dieser Grundsatz erfährt vielmehr in den Motiven eine ausdrückliche Ableh-

nung. (Bd. 1 Seite 183). Man hat verschiedentlich seine Anwendung auf Verträge nach §§ 311, 2371, 759 u. a. empfohlen, so Enneccerus für das Leibrentenversprechen; Regelsberger hält sie überall da für geboten, wo die Form vor übereilter Willensentschließung Schutz bieten soll. Dogm. J. 58, 171, Hachenburg ebenso überall da, wo das Gesetz einen Warnungsruf enthält. (Vorträge Seite 96). Das RG. hat sich gegenüber diesen Anregungen ablehnend verhalten. Es läßt keine Heilung durch Erfüllung zu außer den im Gesetz selbst vorgesehenen Fällen.

RG 67/208; 76/3; JW 1904, Seite 197; Planck Z. 3 d; v. S. 504; Warneyer, Anm. 11; Lutze, Seite 62 ff.

Auch hier kommt nur Erfüllung als Heilmittel der Formnichtigkeit in Frage. Keine Erfüllung ist es, wenn ein formnichtiger Vertrag nachträglich in die erforderliche Form gebracht wird. Die formelle Niederlegung ist hier als Eingehung eines neuen Vertrags aufzufassen. Eine Heilung der Abreden des alten Vertrags ist daher nicht möglich.

Die gesetzlichen Konvaleszensfälle sind: § 313, Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung, § 518 Schenkungsversprechen, § 766 Bürgschaftsversprechen, § 2301 BGB. u. GmbHGes. § 15 Nr. 4.

Wird in diesen Fällen ein nichtiger Vertrag durch Erfüllung geheilt, dann wird er so geheilt, wie die Parteien zur Zeit der Erfüllung noch an ihm festhielten.

RG 52/5.

Wie sollte es auch sonst sein! Die Erfüllung ersetzt die Form; wie bei der Eingehung der Form der bei dieser erklärte Parteiwille maßgeblich ist, so hier der bis zur Erfüllung geäußerte Parteiwille. Immer ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der die Rechtswirksamkeit hervorrufende Umstand zu den an sich unwirksamen Erklärungen hinzukommt. Bis zur Heilung steht es jeder Partei frei, sich von einzelnen Abreden loszusagen. Dazu genügt aber nicht, daß eine Partei nur den Willen hat, von einer Abrede abzugehen. Der bloße, nicht geäußerte Wille ist, wie auch sonst im Rechte, so auch hier, bedeutungslos. Er muß irgendwie zum Ausdruck kommen.

v. d. Trenk, JW 1922, Seite 186; RG 61/251.

Was daher bei der Erfüllung an mündlichen Abreden noch nach beiderseitigen Einvernehmen besteht, wird geheilt.

JW 1904, Seite 197 Nr. 5.

Für Aufrechterhaltung der früher getroffenen und nicht aufgegebenen Abreden besteht eine tatsächliche Vermu-

lung, da bei der Erfüllung ja gewöhnlich nichts Besonderes abgesprochen wird und eine Lossagung von einzelnen Abreden selten vorkommt. Gewöhnlich wird bei der Erfüllung an dem ursprünglichem Vertragsinhalt festgehalten.

JW 1909, Seite 191 Nr. 5; E. Stein, Seite 35;
A.A. RGR Komm., § 313, Anm. 6.

War vorher überhaupt keine Urkunde vorhanden, so erhalten sämtliche Abreden durch die Heilung erst ihre Wirksamkeit. Wenn eine Urkunde zwar vorhanden ist, der Vertrag aber trotzdem nichtig war, sei es, weil die einfache Schriftform nicht genügte (§ 313), oder die Nichtigkeit von Abreden Nichtigkeit des ganzen Vertrags herbeiführte, (§ 139), so treten ebenfalls sämtliche Abreden erst mit der Heilung in Wirksamkeit. Wie aber nun, wenn die Nichtigkeit der Abreden den übrigen Vertrag nicht berührte, weil er nach § 139 auch ohne sie geschlossen worden wäre? Kann auch hier eine Heilung der nichtigen Abreden angenommen werden? Das wird man wohl verneinen müssen. Das Gesetz will mit der Heilung zwar die Unannehmlichkeit vermeiden, daß ein tatsächlicher Zustand der Rechtslage widerspricht; an der rechtlichen Aufrechterhaltung dieser Nebenpunkte (und nur solche kommen bei § 139, 2. Halbsatz in Frage) hat es aber nicht das geringste Interesse. Bei der Abfassung des § 313 ist man auch offenbar von der Annahme ausgegangen, daß der ganze Vertrag nichtig ist. Eine Heilung von Abreden kann es nur geben, wenn der Hauptteil des Vertrags geheilt wird. Braucht dieser nicht geheilt zu werden, weil er schon gültig ist, dann tritt überhaupt keine Heilung, auch nicht von Abreden ein. Das RG. ging in seinen Entscheidungen in Bd. 54/107; 52/4 davon aus, daß auch bei Wirksamkeit des Hauptteils des Vertrags eine Heilung von Abreden möglich sei. Es ist damit zufrieden, daß jede Partei vor der Heilung der Abreden von ihnen formlos wieder abgehen kann, und sagt: „Ist eine Partei vor der Erfüllung von einer Abrede wieder abgegangen, so besteht bezüglich dieses Punktes im Zeitpunkt der Erfüllung keine Willensübereinstimmung mehr, die Heilkraft muß also versagen."

Wo ein solches Abgehen nicht erfolgt ist, will das Reichsgericht Heilung zulassen. Darin kann ihm aber nicht beigepflichtet werden. Heilung nichtiger Abreden neben von vornherein wirksamem Vertrag würde über den Zweck der Heilungsvorschriften hinausgehen. Heilung

darf es nur geben, wo der Vertrag als Ganzes der Heilung bedarf, nicht aber für nebensächliche Abreden allein.

Reichel, (Arch.Ziv.Prax. 104 Seite 33, 35) vertritt mit zutreffenden Gründen die Ansicht, daß beiderseitige Erfüllung die auf dem Fehlen der gesetzlich erforderten Form beruhende Nichtigkeit eines Vertrags stets zur Heilung bringe. Die Rechtsordnung hat kein Interesse mehr, Verträgen die Anerkennung zu versagen, wenn die Verpflichtungen, vor denen die Parteien geschützt werden sollten, schon erfüllt sind. Allein man wird diese Heilung nur für die erfüllten Hauptverpflichtungen eintreten lassen. Auf sonstige vertragliche Abreden wird man sie nicht ausdehnen dürfen. Es besteht wohl ein Interesse dafür, einen dem tatsächlichen Zustand widersprechenden Rechtszustand zu beseitigen. Kein Grund besteht aber dafür, die übrigen Abreden des nichtigen Vertrags aufleben zu lassen. Im Gegenteil, die Rechtsordnung wird einem solchen Vertrag nicht mehr Anerkennung zollen dürfen als unbedingt nötig ist. Die Parteien werden sich daher damit bescheiden müssen, daß ihr geheilter Vertrag hinsichtlich der accidentalia nach dem gesetzlichen Bestimmungen beurteilt wird.

14.) Unrichtige Beurkundung.

Steht in der Urkunde etwas anderes, als die Parteien mündlich vereinbart haben, so kann das auf verschiedenen Gründen beruhen. Es ist einmal möglich, daß die Parteien bewußt etwas Unrichtiges beurkundet haben oder haben beurkunden lassen. In diesem Falle ist das Beurkundete als der Ernstlichkeit ermangelnd als Scheingeschäft nichtig (§ 117), während das mündlich Abgesprochene infolge des Formmangels ebenfalls nichtig ist (125).

Siehe Staudinger, § 313 C III 1 u. die dortigen Zitate.

War die Abweichung des Beurkundeten von dem mündlich Abgemachten den Parteien jedoch nicht zum Bewußtsein gekommen, so gibt es zwei Möglichkeiten. Wenn die Abweichung beiden Parteien nicht bewußt war, so liegt eine falsa demonstratio vor. Der Grundsatz falsa demonstratio non nocet gilt auch hier. Im Wege der Auslegung ist der wahre Sinn zu ermitteln, den die Parteien mit der Beurkundung verbunden haben. Der Vertrag ist mit dem gewollten Inhalt gültig zustande gekommen. Das ist jedoch kein Auslegungsfall im gewöhnlichen Sinn, da die Parteien ja nicht bewußt dem Ausdrucks-

mittel diesen abweichenden Sinn verliehen haben, sondern, ohne es zu wissen, die verwendeten Ausdrücke in einem anderen Sinn gebraucht haben.

RG in LZ 1919, Sp. 470; RG Jur. Rundschau 1925 Nr. 481; RGZ 109/334; Bayr. ObLG Recht 1920 Nr. 1495; OLG München in LZ 1928, Sp. 278; Planck, § 133 3 a am Ende; Staudinger, § 313 C III 2; Zeiler Gruchot 52/224.

War ein urkundlicher Ausdruck objektiv mehrdeutig, und hat jede Partei etwas anderes darunter verstanden, so liegt versteckter Dissens vor. Es ist überhaupt kein Vertrag zustande gekommen.

15.) Abänderungsvereinbarungen (Nachberedungen).

Werden nach dem Vertragsschlusse noch Abreden getroffen, welche die Vereinbarung ändern, so unterstehen auch diese dem Formerfordernis. Solche Aenderungen treten an die Stelle der ursprünglichen Vereinbarung; sie können daher hinsichtlich der Form nicht anders beurteilt werden, als wenn sie sofort zu Bestandteilen des Vertrags gemacht worden wären.

RGZ 51/181; RG Warn.E.B. 1911, Nr. 318; RG Warn. 1916 E. B. Nr. 243; RG Gruch. 59/476; ROLG 4/208.

Die formlosen Nachberedungen sind also ebenfalls nichtig. Ihre Nichtigkeit berührt jedoch den formellen Vertrag nicht; sie bleiben einfach unbeachtet.

ROLG 4/207 (Dresden); Oertmann, § 125/5 b; Planck, § 125d; A.A. Buck Gruch 48/726 (für Totalnichtigkeit).

Abschwächende Nachberedungen sind nur dort formlos gültig, wo das Formerfordernis ohnehin schon nur für das Versprechen eines Vertragsteils gilt. Sie sind dort ja auch gültig, wenn sie bereits mit dem Hauptvertrag formlos getroffen wurden. Siehe Nr. 7 dieses Kapitels und die dortigen Zitate.

Enthält die Abänderungsvereinbarung dagegen eine völlige Aufhebung des Vertrags, so untersteht diese nicht dem Formerfordernis. Das Gesetz schreibt seine Formen immer nur für die Eingehung der Verpflichtung vor, aber nicht für deren Aufhebung.

Für den Grundstücksveräußerungsvertrag ist das anerkannt in den Entscheidungen:

RGZ 65/392; Warn.Rechtspr. 1926, Nr. 43; Gruch. 49/895; LZ 1918, 835.

Es muß aber sinngemäß auch für die anderen formellen Verträge gelten. Beim Grundstücksveräußerungsvertrag ist jedoch nach Uebereignung die Aufhebung nicht mehr formlos zulässig, da sie eine Verpflichtung zur Rückübereignung begründen würde, also wiederum Grundstücksveräußerungsvertrag wäre.

Die Formfreiheit gilt nicht für die teilweise Aufhebung. Diese ersetzt den ursprünglichen Vertrag teilweise durch einen neuen und unterliegt daher der Form.

LZ 1925, 147 6; 1908, 934 19 und 854 11; 1911, 611 17; JW. 1911, 1804; RG 65, 392; Staub, 350 (Anm. 32).

II. Der besondere Formzwang des mehrjährigen Mietvertrages.

Eine ganz andere Art von Formbedürftigkeit als die bisher besprochene hat der Gesetzgeber für den mehrjährigen Grundstücksmietvertrag geschaffen. Die Form ist hier nicht unbedingte Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung des Vertrags. Ihr Fehlen bewirkt keine Nichtigkeit, sondern nur, daß der Vertrag in einer anderen Gestalt anerkannt wird. Sie hat also eine gesetzliche Umdeutung des Vertragsinhalts zur Folge. Der auf mehr als ein Jahr mündlich abgeschlossene Grundstücksmietvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann mit gesetzlicher Frist gekündigt werden, jedoch nicht für einen früheren Zeitpunkt als zum Ablauf des ersten Jahres, § 566 BGB. § 125 ist also nicht anwendbar.

Diese ungewöhnliche Regelung stellt ein Kompromiß dar zwischen den zwei Absichten, von denen sich der Gesetzgeber bei Regelung des Grundstücksmietvertrags leiten ließ. Der Mietvertrag sollte formfrei bleiben. Andererseits wollte man den Erwerber eines Hauses schützen, der infolge des durchgeführten Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete" Gefahr lief, durch ihm unbekannt gebliebene langjährige mündliche Mietverträge überrascht zu werden. Diesen Konflikt glaubte man am besten damit zu lösen, daß man beiden Parteien des langjährigen mündlichen Mietvertrags zumutete, den Vertrag wenigstens ein Jahr auszuhalten.

2.) Die Regelung des mehrjährigen Mietvertrags bedeutet also keine Preisgabe, sondern nur eine Abschwächung des Prinzips der Formfreiheit. Es ist daher auch nicht

notwendig, das Formerfordernis auf die Gesamtheit der vertraglichen Abreden zu erstrecken, wie es dann notwendig wird, wenn die rechtliche Anerkennung des Vertrags überhaupt an die Form gebunden ist. Es ist ihm vielmehr schon Genüge getan, wenn die wesentlichen Teile des Vertrags, die essentialia, in die Schriftform gebracht sind. Schon hierdurch wird der Erwerber eines Hauses in die Lage versetzt, sich über die langfristigen Bindungen zu vergewissern. Mehr hat der Gesetzgeber nicht bezweckt. Daher bedürfen mündliche Abreden neben dem schriftlichen Mietvertrag nicht der Form, sofern sie nicht entscheidende Teile des Vertrags betreffen (wie den Vertragsgegenstand oder die Miethöhe).

Enneccerus, § 126, Anm. 13; Tauber Gruchot 49/228; Buck Gruch. 48/723; Oertmann, Anm. 5 a zu § 566.

3. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt leider die klare Auseinanderhaltung des Formzwangs beim Mietvertrag von dem sonstigen Formzwang, den der verschiedene Zweck dieser beiden Arten von Formzwang erfordert, vermissen. In RGZ. 104, Seite 132 sagt es zutreffend:

> Die Formvorschrift des § 566 schließt keineswegs jede mündliche Bindung aus.

In der in JW. 1906/348 abgedruckten Entscheidung sagt es, ein Formverstoß liege dann vor, wenn ein wesentliches Stück des Vertrages nur mündlich abgeschlossen sei.

Ebenso wird die Form nur auf wesentliche Punkte erstreckt bei OLG. Dresden in Seuff.A. 65, Seite 347 Nr. 183. In den Entscheidungen des RG. in JW. 1906/518 und 1907 134 folgt dann die oben bereits bemängelte Anwendung dieses Satzes auf Grundstücksveräußerungsverträge. In RGZ. 118/108 sagt es dann bei der Behandlung eines Mietvertrages:

> „Es ist davon auszugehen, daß unter dem Formzwang alle Verabredungen stehen, die das abzuschließende Geschäft betreffen und aus denen sich nach dem Willen der Parteien der zu schließende Vertrag zusammensetzen soll. Wenn also ein Vertrag der vorgeschriebenen Schriftform genügen soll, so muß sein gesamter Inhalt, wie er unter den Parteien gelten soll, durch die Schriftform gedeckt sein."

Zur Begründung wird auf RGZ. 51/181 Bezug genommen, der wiederum einen Vertrag nach § 313, also einen Grundstücksveräußerungsvertrag betrifft. Das RG. fährt aber

– offenbar an seinen eigenen Ausführungen zweifelnd — fort:

„Nur können neben dem formgerechten Vertrag Nebenabreden und nach seinem Abschluß nachträgliche Vereinbarungen rechtswirksam getroffen werden, auch wenn dies nur mündlich geschieht."

Man hat hier doch dem Mietvertrag gefühlsmäßig noch eine Sonderregelung zuteil werden lassen. In der Entscheidung vom 4. V. 1926 Jur. Rundschau 1926 Nr. 1350 ist wiederum ausgesprochen, daß der gesetzliche Formzwang den ganzen Vertrag erfasse und jede einzelne nach der Natur des Rechtsgeschäfts und dem Willen der Parteien wesentliche Abrede der Form bedürfe.

In RGZ. 123 173 endlich ist unter Bezugnahme auf die vorigen Entscheidungen ausgesprochen, daß der Formzwang sich auf alle Vereinbarungen erstrecke. Dies gelte auch von Nebenabreden und abändernden Zusatzabkommen. Ueber die unwesentlichen Abreden wird mit der Bemerkung hinweggegangen, daß außervertragliche Abreden keiner Form bedürften. Als ob wir das nicht schon wüßten! Gerade diese Bemerkung zeigt, wie das Reichsgericht es verlernt hat, den unwesentlichen, und darum nicht formbedürftigen Vertragsbestandteilen beim Mietvertrag gerecht zu werden.

Die beim mehrjährigen Mietvertrag so notwendige Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsbestandteilen, die nur Nebenpunkte regeln, welche anfänglich so hoffnungsvoll aufkeimte, ist dem RG. heute also gänzlich abhanden gekommen. Ob wohl der unglückliche Versuch daran schuld ist, diese Unterscheidung auch bei anderen formbedürftigen Verträgen zu verwerten (s.o. Nr. 10)?

4.) Die wenig erfreuliche Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung soll uns aber nicht beirren, festzuhalten: Erstreckung des Formzwangs auf alle Abreden entspricht dem normalen Formzwang. Dem besonders gearteten Formzwang des mehrjährigen Mietvertrags wird allein die Beschränkung des Formerfordernisses auf die wesentlichen Vertragsabreden gerecht.

Betreffen demnach die nur mündlichen Vereinbarungen essentialia, also entscheidende Punkte, (Miethöhe, Mietgegenstand), so ist der Vertrag zwar gültig, gilt aber hinsichtlich der Zeitbestimmung als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Nur hinsichtlich der Zeitbestimmung besteht

diese Beeinträchtigung; der übrige formlose Inhalt wird nicht berührt. Eine Nichtigkeit von Abreden, wie früher verschiedentlich gemeint wurde, kommt beim Mietvertrag überhaupt nicht in Betracht.

Oertmann: 566/5a.; RG Gruchot. 50, S. 950; Warn. 11 Nr. 7, Seite 12; RGZ. 104 Nr. 40; ROLG. 15/1; Seuff.A. 65, Nr. 183; Seite 348.

Es geht beim Formvorstoß nur darum, ob die Beschränkung hinsichtlich der Zeitdauer eintritt oder nicht. Diese tritt also nur ein, wenn für wesentliche Abreden die Form fehlt.

Betreffen die formlosen Abreden dagegen unwesentliche Punkte, so sind sie in gleicher Weise gültig, den schriftlichen Vertrag beeinträchtigen sie überhaupt nicht.

Staud. zu § 566 Anm. III; Ebbecke Recht 1911 S. 642; Keller JW 1912 S. 104; Tauber Gruchot 49/238; Buck; Seite 723; Niendorf, Seite 60; Oertmann zu § 566, 5 a.

Die gesonderte Behandlung des formbedürftigen Mietvertrags muß auch bei der Abänderungsvereinbarung Platz greifen. Auch hier muß unterschieden werden, ob die Abänderung wesentliche oder unwesentliche Punkte betrifft. Werden nur unwesentliche Punkte mündlich geändert, so ist diese Abänderung unbeschränkt wirksam, da sie der Form nicht unterliegt. Aenderungen wesentlicher Vertragsbestandteile sind dagegen an die Form gebunden. Werden sie mündlich getroffen, so sind sie zwar auch gültig, aber zeitlich beschränkt. Sie ändern daher den formellen Vertrag wirksam ab und bewirken, daß er selbst nun der zeitlichen Beschränkung unterliegt.

Ein ungestörtes Fortbestehen des formellen Vertrags kommt hier nicht in Frage. Es würde voraussetzen, daß die Abänderungsvereinbarung nichtig ist. Da sie aber auf jeden Fall gültig ist, so hat sie auch die Kraft, den Hauptvertrag abzuändern.

V. Kapitel.

Vereinbarte Form.

Eine Form kann, wo sie nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, von den Parteien vereinbart werden. Das bloße Vorliegen der Urkunde läßt aber noch keinen Schluß auf eine Vereinbarung der Form zu. Es besteht nicht etwa eine Vermutung dafür, daß eine vorhandene Form als solche besonders vereinbart wurde. Für eine solche Annahme müssen bestimmte Anhaltspunkte bestehen, so etwa, wenn die Form verkehrsüblich ist und sich aus dem Austausch von Entwürfen der Parteiwille ergibt, von dieser Verkehrsübung nicht abzuweichen.[21]) Soll eine derartige Vereinbarung aus einer formularmäßigen Bemerkung: „Mündliche Abreden haben keine Gültigkeit; mündliche Abreden sind nicht getroffen" entnommen werden, so ist erst zu prüfen, ob diese Bemerkung Vertragsbestandteil geworden ist. Daß dieser Teil der Urkunde aus-sich-verpflichtende Erklärung ist, wird höchst selten angenommen werden können, da der formularmäßige Vordruck beim Abschluß gewöhnlich gar nicht beachtet wird. Die Erklärung ist dann nur Beweiserklärung. Aber auch die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit wird, weil sie tatsächliche Vermutung ist, auf solche Vordrucke nicht immer Anwendung finden dürfen. Haben geschäftsungewandte Leute ein solches Formular unterschrieben, so wird der Richter durch Vorlage dieser Urkunde sich noch lange nicht überzeugen lassen, daß die vorgedruckten Punkte tatsächlich vereinbart wurden. Ebensowenig wird die Vermutung Platz greifen dürfen, wenn der Vordruck in besonders kleiner Schrift gehalten ist.

---

[21]) Rosenberg, ArchZivPrax. 94, Seite 30; RGZ. 103, Seite 73; Staud. zu § 154 II; Dehn, S. 7.

Die rechtliche Bedeutung der Formvereinbarung wird von den Parteien bestimmt. Hier sind verschiedene Möglichkeiten denkbar.[22])

Einmal kann die Vereinbarung den Sinn haben, daß die Form Beweismittel für den mündlich geschlossenen Vertrag sein soll. In diesem Fall wäre der Vertrag wie ein gewöhnlicher formfreier zu behandeln. Der Form käme keine andere Bedeutung zu als dann, wenn sie nur tatsächlich vorläge. Mit dieser Art Formvereinbarung brauchen wir uns also gar nicht besonders zu befassen, sie kommt praktisch auch nur selten vor.

Die Vereinbarung der Form kann ferner den Sinn haben, daß ein Vorvertrag zustandekommt, der ein Recht auf Abschluß eines Hauptvertrages in der bezeichneten Form gewährt. Ein solcher Vorvertrag ist zwar begrifflich möglich, wird aber praktisch niemals vorkommen. Er ist eine lebensfremde Konstruktion. Man wird nie einen Vertrag eingehen mit der Verpflichtung einen Vertrag genau bestimmten Inhalts in formeller Weise zu schließen. Wenn im „Vor"-vertrag die später formell einzugehende Verpflichtung schon genau umrissen ist — und ohne das ist er ja wertlos — dann enthält er eben selbst schon die Verpflichtung, ist selbst der Hauptvertrag, der lediglich u. a. eine Verpflichtung zur späteren formellen Niederlegung enthält. Eine Partei, die einen Vertrag schließen will, wird nie auf die Umständlichkeit kommen, erst einen Vorvertrag zu schließen, wenn sie den Hauptvertrag selbst gleich schließen kann. Der „Vorvertrag" mit der Verpflichtung zum Abschluß eines formellen Hauptvertrags ist daher in Wirklichkeit selbst der Hauptvertrag, er enthält nur die Verpflichtung zur formellen Niederlegung. Die praktische Wertlosigkeit des Begriffes Vorvertrag hat Schloßmann überzeugend dargetan.

Schloßmann: Vorvertrag usw. in Jherings Jahrbuch 45/91.

Die Form kann auch als Bedingung für die Wirksamkeit des mündlichen Vertrags gedacht sein. In diesem Fall ist der Vertrag bis zur Erfüllung der Form nicht voll wirksam.

Dernburg, Bd. 1, Seite 471.

Die Formvereinbarung kann endlich den Sinn haben, daß die vertragliche Bindung erst mit der Vollziehung der Form eintreten und dem mündlichen Abschluß nur die Bedeutung einer unverbindlichen Vorbesprechung zukommen soll. In diesem Sinne wird die Form von den Parteien am häufigsten vereinbart. Die für sie sprechende

[22]) Meier, Seite 20; Dehn, Seite 19.

Wahrscheinlichkeit gab dem Gesetzgeber Veranlassung zur Aufstellung einer Rechtsvermutung. Er bestimmt in § 125, II BGB:

„Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."

Ergänzend bestimmt er in § 154 II:

„Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist."

Der Gesetzgeber ging bei dieser Regelung offenbar davon aus, er könne die gewillkürte Form dem gesetzlichen Formzwang gleich behandeln. Ist dies so ohne weiteres möglich? Kann eine Parteivereinbarung imstande sein, der Form die gleiche konstitutive Wirkung beizulegen, welche sie innerhalb des gesetzlichen Formzwanges kraft Gesetzes besitzt?

Im gesetzlichen Formzwang ist die Wahrung der Form Voraussetzung der rechtlichen Anerkennung des ihr unterliegenden Vertrags. Soweit gesetzlicher Formzwang herrscht, erzeugt das gesprochene Verpflichtungswort allein keine rechtliche Bindung. Wo aber der gesetzliche Formzwang nicht gilt, herrscht der Grundsatz der Bindung an das gesprochene Wort. Das Wort selbst ist Verpflichtungsgrund. Kann die verpflichtende Wirkung des Worts durch bloße Parteivereinbarung — als ob diese Gesetz wäre — beseitigt werden? Können die Parteien vereinbaren, mein Wort gilt nicht, es gilt nur, was ich urkundlich von mir gebe?

Eine solche Vereinbarung wäre doch wohl mit den Grundregeln unseres Bürgerlichen Rechts unvereinbar. Der Grundsatz: „Das gesprochene Wort erzeugt Verpflichtungen" muß der Parteiwillkür entzogen sein. Es wäre absurd, wenn jemand sein Wort dafür geben könnte, daß sein bloßes Wort nichts mehr gelten soll. Das würde außerdem einer Selbstentrechtung der Einzelpersönlichkeit gleichkommen, die vom Rechte nicht gebilligt werden kann. Das Recht, sich durch bloßes Wort zu verpflichten, darf kein Vertrag beseitigen. Dies wird uns völlig klar, wenn wir bedenken, daß die Parteien auch für künftige Verträge Formen vereinbaren. Häufig findet man vertragliche Bestimmungen der Art: Künftige Abänderungen, Zusätze usw. bedürfen der Schriftform. Wollte man diese zulassen, so würde das nicht weniger bedeuten, als daß die Parteien auf unbestimmte Zeiten bestimmte Arten ihrer rechtsgeschäftlichen mündlichen Erklärungen der Wirksamkeit berauben könnten. Das kann ihnen die

Rechtsordnung nicht gestatten: Man sieht das auch allgemein ein und hilft sich damit, ein Abgehen von der vereinbarten Form in formfreier Weise zuzulassen. Dieser Weg ist aber unlogisch, wie unten gezeigt wird.

Die von den Parteien als konstitutiv gedachte Formvereinbarung kann jedoch in anderer, für die Rechtsordnung erträglicher Weise Wirkungen entfalten. Sie kann dahin aufgefaßt werden, daß die Parteien mit ihr eine Aufhebung ihrer konkreten bereits getroffenen oder unmittelbar zu treffenden Beredungen beabsichtigten. Bestimmte Vereinbarungen für ungültig zu erklären, steht den Parteien natürlich durchaus frei. Dies erfordert nur eine genügende Bestimmtheit des aufzuhebenden Vertrags. Diese Bestimmtheit ist, soweit es sich um bereits getroffene Vereinbarungen handelt, immer gegeben. Man wird sie auch für die Zukunft als gegeben erachten müssen, soweit es sich um unmittelbar bevorstehende Erklärungen handelt, so namentlich für die im Verlaufe der Vertragsverhandlungen noch abzugebenden Erklärungen. Diese Bestimmtheit wird aber immer dann fehlen, wenn die Vereinbarung der Form sich auf die fernere Zukunft bezieht. Diese könnte nicht als Aufhebungsvereinbarung, sondern nur als eine Abdingung des Grundsatzes der Bindung ans Wort aufgefaßt werden und wäre damit unzulässig.

Die gesetzliche Vermutung dahin, daß bei vereinbarter Vertragsform die Wirksamkeit des Vertrags von der Form abhängen und Formmangel Nichtigkeit zur Folge haben soll, ist also nur so aufzufassen, daß diese Nichtigkeit nur deshalb eintritt, weil die Parteien die Ungültigkeit der konkreten Abreden vereinbart haben. Die Vereinbarung der Form ist aber nicht etwa gewillkürter Formzwang, sie darf dem gesetzlichen Formzwang nicht gleichgestellt werden. Die Parteien können nicht vereinbaren, daß ihre mündlichen Erklärungen der rechtlichen Wirksamkeit entbehren sollen, sie können diese nur aufheben.

Die herrschende Meinung hat sich bisher zu der Erkenntnis, daß es eine konstitutive Vereinbarung der Form nicht geben kann, nicht durchringen können. Die Vertreter der Ansicht, es gebe ganz allgemein eine Vereinbarung der Form für künftige rechtsgeschäftliche Erklärungen, sind sich aber merkwürdigerweise alle darüber einig, daß von dieser Formvereinbarung formlos wieder abgegangen werden könne.

Siehe die Aufstellung bei Wassertrüdinger: J.Rundschau 1928, Seite 82.

Sie streiten nur, ob dieses Abgehen bewußt, oder auch unbewußt erfolgen könne. Die logische Durchführung des gewillkürten Formzwanges würde aber verlangen, daß auch das Abgehen von der Form nur formell erfolgen könnte. Wenn man gewillkürten Formzwang, der die Wirksamkeit mündlicher Abreden generell ausschließt, überhaupt zuläßt, dann muß die vereinbarte Form nicht nur für sonstige Aenderungen des Vertragsinhaltes, sondern auch für ein Abgehen von der Formvereinbarung selbst gelten. Für letzteren Fall eine Ausnahme zu schaffen, ließe sich nur rechtfertigen, wenn man annehmen wollte, die Parteien hätten sich bei der Vereinbarung der Form stets vorbehalten, von der Formvereinbarung selbst formfrei wieder abgehen zu können. Solch eine Annahme wäre aber höchst unnatürlich, die Wahrscheinlichkeit würde gegen sie sprechen. Wenn die Parteien daran gedacht hätten, so hätten sie sicher ausgemacht, daß auch von der Formvereinbarung selbst nur formell und nicht mündlich abgegangen werden kann. Letzteres läge in der Sinnesrichtung, die in der Vereinbarung der Form zum Ausdruck kommt. Eine Parteibestimmung, daß von der Formvereinbarung selbst formfrei wieder abgegeben werden kann, würde diese Formvereinbarung für die Zukunft zur Bedeutungslosigkeit herabwürdigen. Sie ist daher durchaus unwahrscheinlich. In dem Widerspruch, der darin liegt, daß bei gewillkürtem Formzwang gerade das Abgehen von der Form formfrei sein soll, kommt die ganze Schwäche der herrschenden Auffassung zum Ausdruck. Wenn man schon zuläßt, daß die Wirksamkeit mündlicher Abreden generell ausgeschlossen wird, dann muß man konsequenterweise die gewillkürte Form auch für eine Vereinbarung verlangen, welche den Ausschluß der mündlichen Vereinbarungen wieder aufhebt.

Dernburg, Bd. 1, Seite 471, wollte den gesetzlichen Normalfall des „gewillkürten Formzwangs" (§ 125 S. 2) dahin auffassen, daß die Form Bedingung der Wirksamkeit des Vertrags sein sollte. Diese Auffassung der gesetzlichen mutung in §§ 125, 154 zugrunde zu legen, würde wegen des auf Nichtigkeit gehenden unglücklichen Wortlauts dieser Bestimmungen nicht ganz leicht fallen. Sie wird daher von vielen abgelehnt. Es spricht aber noch ein weiterer, mehr stichhaltiger Grund gegen sie. Wäre die Form nur Bedingung, so wären auch die vor der Beurkundung liegenden Abreden Vertragsbestandteil. Es bräuchte nur die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde entkräftet zu werden. Die Parteien wollen aber

mit der Formvereinbarung gerade meist Gewißheit darüber haben, was sie nun eigentlich alles vereinbart haben. Diese Gewißheit würden sie nicht erlangen, wenn die Form bloß Bedingung wäre. Diesen Zwecken ist unsere Auffassung dienlich, weshalb wir sie für den Fall der gesetzlichen Vermutung, wie sie in den eben genannten Paragraphen aufgestellt wird, der Dernburg'schen Auffassung vorziehen.

Nichts hindert aber eine Partei, gegenüber der Rechtsvermutung darzutun, daß die Form tatsächlich als Bedingung vereinbart wurde. Sie hätte dann nur noch die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde zu entkräften, falls nicht schon mit dem anderen Nachweis die Fortgeltung der behaupteten Abrede feststeht.

Wir fassen zusammen: Vereinbaren die Parteien eine Form in dem Sinne, daß die Wirksamkeit des Vertrags von der Wahrung der Form abhängen soll — wofür eine gesetzliche Vermutung spricht —, so hat das lediglich die Bedeutung, daß die beim Vertragsschluß getroffenen mündlichen Vereinbarungen damit für ungültig erklärt sind. Für ungültig erklärt werden können auch zukünftige Vereinbarungen, sofern sie schon genügend bestimmt oder bestimmbar sind, wie das bei den im Laufe derselben Verhandlungen noch zu treffenden Abmachungen der Fall ist. Eine solche Erklärung auf die fernere Zukunft kann wegen Fehlens solcher Bestimmbarkeit keine Wirksamkeit entfalten. Gewillkürter Formzwang in dem Sinne, daß Vereinbarungen bloß bei Wahrung der Form wirksam sein sollen, also im Sinne einer Abdingung der Norm, „das gesprochene Wort bindet", kann nicht rechtswirksam vereinbart werden. Eine solch konstitutive Wirkung der Form gibt es nur beim gesetzlichen Formzwang. Daß der Gesetzgeber selbst irrtümlich meinte, die Formvereinbarung dem gesetzlichen Formzwang gleichstellen zu können, darf uns nicht abhalten, die wahre Natur der Formvereinbarung zu erkennen. Der Wortlaut des Gesetzes drängt uns auch keineswegs die Ansicht des Gesetzgebers auf.

Weil die Formvereinbarung für die fernere Zukunft mangels genügender Bestimmtheit der ihr zu unterwerfenden Erklärungen unwirksam sein muß, bedarf es auch nicht erst eines besonderen Abgehens von der vereinbarten Form, um mündlichen Neuvereinbarungen Wirksamkeit zu verschaffen. Die Parteien können vielmehr spä-

terhin ohne weiteres neue Vereinbarungen in mündlicher Weise treffen.

Es bedarf auch nicht erst einer Einrede der Arglist, mit der das Reichsgericht sich gelegentlich behalf.

A.A. RG. 95/175; Warn. Jb. Eb. 1908, H. 1, S. 33. Motive 1/183
und
die bei Wassertrüdinger a.a.O. eingehend aufgeführten Zitate.

Die gesetzliche Vermutung dafür, daß bei vereinbarter Form der Vertrag erst mit der Beurkundung zustandekommt (mit unseren Worten: daß alle mündlichen Beredungen für ungültig erklärt wurden), kann nur Platz greifen, wenn die Form v o r Abschluß des mündlichen Vertrags vereinbart wurde. Der Wortlaut des § 154 II „ist eine Beurkundung des b e a b s i c h t i g t e n Vertrags vereinbart worden", läßt erkennen, daß der Gesetzgeber diese Vermutung nur für die vorherige Formvereinbarung aufstellen wollte. Ist die Form erst nach dem mündlichen Vertragsschluß vereinbart worden, so ist zwar auch möglich, daß die Parteien bis zur Formeingehung keine Bindungen wollten, also damit die Unwirksamkeit des bisher Abgesprochenen vereinbarten. Eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit spricht indessen nicht dafür. Ebensogut kann es sein, daß die eine Partei die andere bis zur Beurkundung aus den bisherigen Abmachungen nicht entlassen wollte, vielmehr nur ein Beweismittel unter Festhaltung des bisher Abgesprochenen zu schaffen beabsichtigte. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber sich hier der Aufstellung einer Vermutung enthalten. Es gibt auch keine tatsächliche Vermutung für die eine oder andere Form, es ist vielmehr Sache der Auslegung der Erklärungen, welche Bedeutung die Parteien der Formvereinbarung beilegten.

z. T. bestritten:

Windscheid Kipp. Bd. 2 § 312; Degenkolb ArchZivPrax. 71, 159; ArchZivPrax 102, S. 216; Endemann, Lehrbuch Bd. 1 § 69 Anm. 14, § 65 Anm. 41.
RG 62/78; 94/333; LZ 1923, Sp. 269; JW 24, S. 405 Nr. 3; Seuff.A. 59, Nr. 72; Seuff.A. 78, Nr. 59 ; Staud. zu § 154/II; Dehn, S. 20; Planck, § 154 Anm. 2, Rehbein, 1, S. 160; Meyer, ArchZivPrax. 87/77; Neumann, § 154, Anm. II 4;
unrichtig Hölder, BGB, Anm. 2 zu § 154.

Nach unserer Auffassung wird also bei vereinbarter Form die Gültigkeit mündlicher Abreden nicht etwa dadurch beeinträchtigt, daß rechtsbegründend, konstitutiv, nur formelle Erklärungen wirken könnten, sondern vielmehr dadurch, daß die konkreten mündlichen Abre-

den damit, daß die Parteien eine Form vereinbarten, aufgehoben sind. Sie können daher gültig sein, wenn sich die Ungültigkeitsvereinbarung nicht auf sie erstreckt. Dies kann dann angenommen werden, wenn die Parteien ausgemacht haben, nur einen Teil ihrer Abreden zu beurkunden oder bestimmte Abreden nicht zu beurkunden. Ihre völlige Freiheit in der Erstreckung der Form ist anerkannt; sie ist auch eine Selbstverständlichkeit.

A.A. Cosack S. 188.

Die Geltendmachung solcher von der Form ausgenommener Abreden ist aber praktisch sehr erschwert. Wer sich auf sie beruft, muß einmal nachweisen, daß die Form nicht auf sie erstreckt wurde, sie also durch die Vereinbarung der Form nicht aufgehoben worden sind. Er muß außerdem die tatsächliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde entkräften. Damit, daß die Abrede der Form nicht unterworfen wurde, ist noch lange nicht nachgewiesen, daß sie nicht fallen gelassen wurde. Es muß also die Fortgeltung noch besonders erwiesen werden, es müßte denn sein, daß man ausdrücklich diese bestimmte Abrede von der Form ausgenommen hätte. In diesem Fall wäre freilich zugleich ihre Fortgeltung erwiesen. Regelmäßig wird aber umgekehrt bloß nachgewiesen werden können, für welche Abreden die Form vereinbart wurde und nicht, welche von ihr ausgenommen wurden, so daß für die Fortgeltung besonderer Nachweis erbracht werden muß.

Niemals wird aber eine Abrede, die nicht wirksam ist, gemäß § 139 den übrigen Vertrag beeinträchtigen können. Wenn § 125 S. 2 die nicht in der vereinbarten Form abgegebene Abrede für „nichtig" erklärt und auch im § 154 den Ausdruck „nichtig" gebraucht, so ist das nichts anderes als ein logischer Fehler des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber war eben in dem Irrtum befangen, die vereinbarte Form wie den gesetzlichen Formzwang behandeln zu können. Das darf uns nicht hindern, den wahren Charakter der formlosen Abreden zu erkennen, wie er ihnen nach der Natur der Formvereinbarung zukommt: sie sind nicht nichtig wegen versagter rechtlicher Anerkennung, sondern sind vertraglich aufgehoben; sie sind schon nach dem Parteiwillen keine wirksamen Verpflichtungserklärungen mehr. Ihre „Nichtigkeit" kann daher die Wirksamkeit des formellen Vertrags nicht berühren.

Erfüllen die Parteien einen Vertrag, für den sie ursprünglich eine Form vereinbart, aber nicht vollzogen

hatten, so kann diese Erfüllung nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der Heilung betrachtet werden. Heilung ist Erwerb der rechtlichen Anerkennung durch einen nichtigen Vertrag. Voraussetzung der Heilung ist also das Vorliegen eines Vertrags, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versagt. Haben die Parteien aber eine Form vereinbart, so haben sie damit die Unwirksamkeit ihrer mündlichen Vertragserklärungen vereinbart. Es ist also gar keine Parteieinigung vorhanden, die durch Heilung die rechtliche Anerkennung erlangen könnte. Erfüllen die Parteien aber die früher vereinbart gewesenen Verpflichtungen, — leistet der eine und nimmt der andere die Leistung als Erfüllung an, — so bringen sie damit zum Ausdruck, daß sie beide eine vertragliche Gebundenheit voraussetzen. Sie schließen durch ihre schlüssigen Handlungen unter Aufhebung der Formvereinbarung einen neuen Vertrag. Eine Gebundenheit der Parteien besteht also, aber nicht aus dem Grunde der Heilung, sondern infolge eines neuen stillschweigenden Vertragsschlusses. Dieser neue Vertrag hat dieselbe Gestalt wie der frühere, sofern nicht eine Partei ausdrücklich erklärt hat, von den früheren Vereinbarungen abgehen zu wollen. Es kommt eben auf die Willenseinigung zur Zeit der Erklärung durch die schlüssigen Handlungen an. Im Gegensatz zu der Heilung im gesetzlichen Formzwang wird man hier eine Neuvereinbarung nicht nur bis zum jeweiligen Grad der Erfüllung anzunehmen brauchen. Vielmehr wird auch eine nur teilweise Erfüllung schon gestatten, eine Neuvereinbarung des ganzen ehemaligen Vertrags anzunehmen.

Die Neuvereinbarung ist nicht etwa Bestätigung. Bestätigung setzt das Vorliegen eines Vertrags voraus, dem die rechtliche Anerkennung fehlt. Wo die Parteien (etwa wegen Formmangels) einen nichtigen Vertrag bestätigen, setzen sie voraus, daß sie schon einmal einen Vertrag geschlossen haben. Wie sie aber selbst einen Vertrag aufgehoben haben, besteht auch in ihrer Vorstellung kein solcher mehr. Sie wollen also mit der Neuvornahme nichts bestätigen. Bestätigen kann man immer nur etwas, das man als existent voraussetzt. Eine Neuvereinbarung hat keine Rückwirkung. Auch die anderen Schriftsteller[23]) erkennen an, daß die ihnen als „Heilung" bezeichnete Neuvereinbarung nicht zurückwirkt. Nur

[23]) Hachenburg, Vorträge, Seite 92; Dehn, Seite 28.

Dernburg[24]) will eine solche Rückwirkung annehmen; das entspricht seiner Auffassung der Form als „Bedingung".

Abreden, die von den Parteien im Wege der Formvereinbarung aufgehoben wurden, sind natürlich ebenso wie die unverbindlichen Vorberedungen zur Auslegung des Vertragsinhalts verwertbar. Sie erschließen dem Richter die Willensrichtungen, von denen die Parteien bei den Verhandlungen geleitet waren und vermitteln ihm so das Verständnis etwaiger unklarer Ausdrücke in den vertraglichen Erklärungen.

Ist ein Vertrag in vereinbarter Form geschlossen und werden danach noch mündliche Abreden getroffen, so sind diese regelmäßig gültig, ohne daß es eines Abgehens von der Formvereinbarung bedarf. Anderes gilt nur bei Nachberedungen, die zeitlich so nahe nach dem Hauptvertrag geschlossen werden, daß sie von der Ungültigkeitsvereinbarung noch erfaßt werden können. Sollen diese wirksam sein, so wird man bei ihnen ein besonderes Abgehen von der Form verlangen müssen. Mit diesem Abgehen erklären die Parteien, daß ihre Nachberedungen trotz der vorhergehenden Ungültigkeitsvereinbarung gelten sollen. Sie heben also für sie die Ungültigkeitsvereinbarung selbst auf. Dieses Abgehen braucht aber nur zu erfolgen, solange zwischen Vertragsschluß und Nachberedungen ein enger, unmittelbarer Zusammenhang besteht. Später bedarf es seiner nicht mehr, da mangels genügender Bestimmtheit der Nachberedungen zur Zeit der Vereinbarung der Form letztere die Nachberedungen nicht mehr ergreift.

Die Fälle der vereinbarten Vertragsform sind nach alledem nicht eine Art Formzwang; sie stehen zu dem gesetzlichen Formzwang in keiner Beziehung. Sie sind vielmehr normale formfreie Verträge mit der Besonderheit der Aufhebungsvereinbarung für die mündlichen Abreden.

---

[24]) Dernburg, Bd. 1, Seite 473.

Literatur-Verzeichnis.

Abhandlungen, Aufsätze und Lehrbücher

(ohne Lehrbücher des geltenden Rechts)

Beseler, Bindung u. Lösung in Zeitschrift der Savnigstiftung, Rom, Abt. XLV 1925, S. 396 f.

Brückner, im Recht 1900 Nr. 16/17.

Caspari, Urgeschichte der Menschheit, Leipzig 1877.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1897.

Dänzer, Die tatsächliche Vermutung. Mannheim, Berl.., Lpz. 1914.

Degenkolb,, in ArchZivPrax. 71 Seite p59.

Dehn, Die Bedeutung mündlicher Nebenabreden bei formellen Verträgen nach bürgerlichem Rechte. Diss.Leipzig 1908.

Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts. Lpz. 1913—1928.

Erythropel im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 1, 111.

Friedenthal, Das kaufm. Bestätigungsschreiben, Berlin 1929.

Gall, Die Heilung der Formnichtigkeit nach § 313 BGB. Diss. Marburg 1928.

Hachenburg, Das BGB, Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. Mannheim 1900.

Hägerström: Der römische Obligationsbegriff. Upsala-Leipzig 1927.

Hoene, Mündliche Nebenabreden und Abänderungsvereinbarungen bei einem schriftlichen Mietvertrage. Diss. Breslau 1908.

HoltzendorffKohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 1. Leipzig-Berlin 1904.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.

Laurentius, Die Auslegung der formbedürftigen Rechtsgeschäfte Marburg Diss. 1927.

Leist,, Die Einschränkung der Irrtums und Täuschungsanfechtung. ArchZivPrax 102, S. 216.

Leonhard Franz. Die Beweislast, Berlin 1926.

Meier Hans, Mündliche Abreden neben schriftlichen Verträgen. Diss. Heidelberg 1904.

Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches. Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. Amtl. Ausgabe.

Niendorff, Mietrecht nach dem BGB. Berlin 1907.

Rahn, Einrede der Arglist. Diss. Tübingen 1927.

Reichel, Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. ArchZivPrax. Bd. 104.

Rosenwald, Stillschweigen im Handelsrecht. Diss. Erlangen 1930.
Schloßmann, Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte. Jher. Jahrbuch Bd. 45, S. 91.
Schreuer, Deutsches Privatrecht, Stuttgart 1921.
Schröder-v. Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1922.
Schurtz Heinrich, Altersklassen und Männerbünde. Berlin 02.
„ Urgeschichte der Kultur. Leipzig u. Wien 1900.
Seuffert L., Zur Geschichte der obligatorischen Verträge 1881.
Siegel, Heinrich, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Berlin 1873.
Siegel, Julius, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. ArchZivPrax 111.
Siegel, Julius, Das Verhältnis der Urkunde zum Rechtsgeschäft im römischen Recht. ArchZivPrax 113.
Sommer, Zur Lehre vom Formmangel aus seiner Heilung. Diss. München 1927.
Stein, Erich, Die Bedeutung mündlicher Abreden neben schriftlich geschlossenen Verträgen. Diss. Heidelberg 1912.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. Berlin 1897 I—III.
Strauß, Nebenabreden und Nebenverträge. Halle, Leipzig, Berlin 1931.
v. d. Trenk, Nichtigkeit und Heilung bei sog. Nebenabreden oder unrichtigen Beurkundungen von Grundstücksveräußerungsverträgen in JW 1922 S. 186.
Wassertrüdinger, Die Verletzung der vereinbarten Vertragsform in Jur. Rundschau 1928.3 S. 82.
Weil, Die Beweisbedeutung dder Privaturkunde im Zivilprozeß. Diss. Heidelberg 1921.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht. Arch. ZivPrax Bd. 100, S. 265.

Kommentare und Lehrbücher des geltenden Rechts.

Achilles Greif, BGB., 13. Aufl. Bln.Lpz. 1930.
Baumbach, ZPO. Taschenkommentar, 5. Aufl. Bln. 1930.
Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Jena 1904.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht. Halle 1902.
Endemann, Lehrbuch des BR. Bln. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des BR. Marburg 1928. Teil 1.
Fischer-Henle, BGB., 11. Aufl. Mchn. 1921.
Goldmann-Lilienthal, Das BGB., 2. Aufl. Bln. 03.
Hölder, Kommentar zum BGB., Mchn. 1900.
Kohler, Lehrbuch des BR. I und III. Bln. 1906.
Oertmann, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. Bd. 1—3. Bln. 1927--1930.

Plancks Kommentar zum BGB., 4. Aufl. Bln. 1913—1928.
Rehbein, Das BGB mit Erläuterungen. Bln. 1898.
Das BGB, erläutert von Reichsgerichtsräten, 6. Aufl. Bln.-Lpz. 28.
Sörgel, BGB. nebst Einführungsgesetz. Bln., Stuttgart und Leipzig 1926.
Staubs Kommentar zum HGB. Bln. u. Leipzig 1926, 12. u. 13. Auflage.
Staudingers Kommentar zum BGB., 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1925—30.
Stein-Jonas, Die ZPO für das Deutsche Reich, 12. Auflage 1925.
Sydow-Busch-Krantz, ZPO und GVG, 19. Auflage. Berlin und Leipzig 1926.
Warneyer, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. Tübingen 1930.

Entscheidungssammlungen, Zeitschriften.

Archiv für die zivilistische Praxis.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen — Bd. 129.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Höchstrichterliche Rechtsprechung. Vereinigte Entscheidungssammlung, herausgegeben von Friedrichs und Feisenberger 1925—1930. Berlin.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Jena.
Juristische Rundschau, herausgegeben von Lindemann, Flad, Hartung 1925—29. Berlin.
Juristische Wochenschrift, Leipzig.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, herausgegeben von Schuler München, Leipzig, Berlin.
Das Recht. jur. Zentralblatt für Praktiker. Berlin.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Berlin und Leipzig.
Deutsche Richterzeitung.
Seufferts Archiv für Entscheidungen. München, Berlin.
Sörgels Rechtsprechung (Jahrbuch des Zivilrechts). Stuttgart.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf ddem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig.